HANDBOEK

Handboek over het Europese non-discriminatierecht







Het manuscript is in juli 2010 afgerond.

Foto (voorblad en binnenzijde): © iStockphoto

Meer gegevens over de Europese Unie vindt u op internet via de Europaserver (http://europa.eu).

Catalografische gegevens bevinden zich aan het einde van deze publicatie.

Luxemburg: Bureau voor publicaties van de Europese Unie, 2011

ISBN 978-92-871-9979-9 (Raad van Europa)
ISBN 978-92-9192-867-5 (FRA)
doi:10.2811/99364

Druk: Imprimerie Centrale, Luxemburg

Gedrukt op chloorvrij gebleekt papier (ECF)

Dit handboek werd opgesteld in het Engels. Het Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten (FRA) en de het Europees Hof voor de rechten van de mens (EHRM) is niet verantwoordelijk voor de kwaliteit van de vertalingen in andere talen.
Het EHRM is niet gebonden door de meningen die worden geuit in dit handboek. Het handboek verwijst naar een selectie van commentaren en handleidingen over het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. Het EHRM is niet verantwoordelijk voor hun inhoud en het opnemen ervan in deze lijst staat niet gelijk aan goedkeuring van deze publicaties. Andere handleidingen over het Verdrag zijn te vinden op de website van de EHRM-bibliotheek (www.echr.coe.int/Library/).







Handboek over het Europese non-discriminatierecht

Voorwoord

In januari 2010 besloten het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten tot samenwerking bij de voorbereiding van dit handboek over Europese jurisprudentie op het gebied van non-discriminatie. We zijn verheugd u het concrete resultaat van deze gezamenlijke inspanning te kunnen voorstellen.

Door de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon werd het Handvest van de grondrechten van de EU juridisch bindend. Bovendien voorziet het Verdrag van Lissabon in de toetreding van de EU tot het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. In deze context is een betere kennis van de gemeenschappelijke beginselen die zijn ontwikkeld door het Hof van Justitie van de Europese Unie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens niet alleen wenselijk, maar zelfs essentieel voor een correcte nationale tenuitvoerlegging van een van de belangrijkste aspecten van het Europese recht op het gebied van de mensenrechten: de normen inzake non-discriminatie.

In 2010 werd de zestigste verjaardag gevierd van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, waarin een algemeen verbod op discriminatie is opgenomen in artikel 14, alsmede de tiende verjaardag van de goedkeuring van de twee basisteksten in de strijd tegen discriminatie op EU-niveau – de richtlijn rassengelijkheid en de richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep. Gezien de indrukwekkende hoeveelheid jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en van het Hof van Justitie van de Europese Unie op het gebied van non-discriminatie, leek het nuttig een gebruiksvriendelijk handboek met CD-ROM aan te bieden, bedoeld voor rechtsbeoefenaars binnen en buiten de lidstaten van de EU en de Raad van Europa, zoals rechters, officieren van justitie en procureurs, advocaten en wetshandhavers. Gezien hun vooraanstaande positie bij de bescherming van de mensenrechten, is het van belang dat zij op de hoogte zijn van de non-discriminatiebeginselen om die vervolgens doeltreffend in de praktijk te kunnen toepassen. Op het nationale niveau komen de non-discriminatiebeginselen immers tot leven en daar, in het veld, worden de uitdagingen zichtbaar.

Erik Fribergh

Griffier van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Morten Kjærum

Directeur van het Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten

Inhoudsopgave

Afkortingen

CEDAW	Convention on the Elimination of Discrimination Against Women (Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen)
CFI	Court of First Instance (Gerecht van Eerste Aanleg)
ECSR	Europees Comité voor Sociale Rechten
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EHvJ	Europees Hof van Justitie (nu Hof van Justitie van de Europese Unie)
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden
HRC	Human Rights Committee (Comité voor de rechten van de mens)
ICERD	International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie)
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
IVESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten)
IGH	Internationaal Gerechtshof
IGO	Intergouvernementele organisatie
RvE	Raad van Europa
TCN	Third-Country National (Onderdaan van een derde land)
VN	Verenigde Naties
VRK	Verdrag inzake de rechten van het kind
CRPD	UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (Verdrag van de Verenigde Naties inzake de rechten van personen met een handicap)
UVRM	Universele Verklaring van de Rechten van de Mens

1

Inleiding tot het Europese non-discriminatierecht: context, ontwikkeling en basisbeginselen

Dit inleidende hoofdstuk geeft meer uitleg over de oorsprong van het non-discriminatierecht in Europa en over de huidige en toekomstige veranderingen in zowel het materiële recht als de procedures ter verkrijging van bescherming.

Het is allereerst van belang op te merken dat zowel rechters als procureurs gehouden zijn aan de beschermingsbepalingen van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) en van de antidiscriminatierichtlijnen van de European Union (EU), ongeacht of één van de partijen in een geding deze inroept. Nationale rechterlijke instanties en rechtsdienaren hoeven zich niet te beperken tot de wettelijke argumenten die door de partijen worden ingeroepen, maar moeten zelf het toepasselijke recht bepalen op grond van de feitelijke context die door partijen wordt geschetst. Dit betekent dat partijen ervoor kiezen non-discriminatie in te roepen door middel van de argumenten en bewijzen die ze naar voren brengen. Dit vloeit voort uit de heersende rechtsbeginselen van elk afzonderlijk stelsel, bijvoorbeeld de indirecte gevolgen van het EU-recht voor de 27 lidstaten die samen de EU vormen en de rechtstreekse toepasselijkheid van het EVRM, hetgeen betekent dat deze in acht moeten worden genomen in alle lidstaten van de EU en de Raad van Europa (RvE). Er is echter sprake van een belangrijke beperking in de vorm van een eventuele procedurele termijn. Voordat rechtsbeoefenaars overwegen een beroep te doen op bescherming in verband met discriminatie, moeten rechtsbeoefenaars zich op de hoogte stellen van de mogelijke vorderingstermijnen die gelden voor de rechterlijke bevoegdheid en nagaan of het hof in kwestie de zaak kan behandelen.

In de praktijk betekent dit dat rechtsbeoefenaars indien nodig in staat zijn de desbetreffende instrumenten van non-discriminatie en de relevante jurisprudentie aan te halen voor nationale rechterlijke instanties.

Dit maakt het noodzakelijk dat rechtsbeoefenaars kennis hebben van de geldende regelingen op het gebied van non-discriminatie en de toepasselijkheid ervan, en deze weten te gebruiken in een bepaalde situatie.

1.1. Context en achtergrond van het Europese non-discriminatierecht

De term 'Europees non-discriminatierecht' doet vermoeden dat er één Europees stelsel van regelgeving met betrekking tot non-discriminatie is; het stelsel bestaat echter uit een veelheid aan contexten. Dit handboek put hoofdzakelijk uit het recht van het EVRM en de EU. De oorsprong van deze twee stelsels is verschillend, zowel wat betreft het moment van oprichting als de redenen daarvoor.

1.1.1. De Raad van Europa en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

De RvE is een intergouvernementele organisatie (IGO) die werd opgericht na de Tweede Wereldoorlog met als doel de bevordering van de rechtsorde, de democratie, de mensenrechten en de maatschappelijke ontwikkeling (zie preambule en artikel 1 van het Statuut van deRvE). Om die doelstellingen te helpen verwezenlijken, stelden de leden van de RvE het EVRM vast; dit was het eerste hedendaagse verdrag over mensenrechten dat voortkwam uit de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties. Het EVRM bevat de voor de leden juridisch bindende verplichting een reeks mensenrechten te waarborgen voor iedereen binnen hun rechtsgebied (niet alleen de eigen staatsburgers). Het Europees Hof voor de Rechten van deMens (EHRM) (aanvankelijk bijgestaan door een commissie) toetst de naleving van het EVRM en behandelt zaken die tegen lidstaten worden aangespannen. De RvE telt op dit moment 47 leden, en landen die lid willen worden, moeten ook toetreden tot het EVRM.

Het EVRM werd sinds de oprichting in 1950 een aantal malen gewijzigd en uitgebreid via zogeheten 'protocollen'. De belangrijkste procedurele wijziging in het EVRM was protocol 11 (1994), dat van het EHRM een permanent en voltijds orgaan

maakte en de commissie afschafte. Dit protocol was bedoeld om de mechanismen van het EVRM te helpen omgaan met de groei van het aantal zaken in verband met de Oost-Europese landen die lid werden van de RvE na de val van de Berlijnse Muur en het uiteenvallen van de voormalige Sovjet-Unie.

Het verbod van discriminatie wordt gewaarborgd door artikel 14 van het EVRM,[1] dat gelijke behandeling waarborgt voor andere rechten in het Verdrag. Protocol 12 (2000) van het EVRM, nog niet geratificeerd door alle EU-lidstaten[2], breidt het toepassingsgebied uit van het verbod van discriminatie door gelijke behandeling te waarborgen voor elk recht (met inbegrip van rechten op grond van nationale wetgeving). De opstelling van het protocol werd, aldus de bijbehorende toelichting, ingegeven door de wens de bescherming tegen discriminatie te versterken en moest het kernelement worden bij het waarborgen van de mensenrechten. Het protocol is voortgekomen uit debatten over de manier waarop met name de gelijkheid tussen man en vrouw en de rassengelijkheid konden worden verbeterd.

Hoewel dit niet het belangrijkste thema van het handboek is, wordt de lezer erop gewezen dat het non-discriminatiebeginsel het heersende beginsel vormt voor vele documenten van de RvE. Belangrijker nog, de versie van 1996 van het Europees Sociaal Handvest bevat het recht op gelijke kansen en gelijke behandeling ten aanzien van arbeid en beroep zonder discriminatie op grond van geslacht.[3] Daarnaast bevat ook het Kaderverdrag inzake de bescherming van nationale minderheden[4] bepalingen tegen discriminatie, evenals het Verdrag van de RvE inzake bestrijding van mensenhandel[5] en het Verdrag van de RvE betreffende toegang tot officiële documenten. Er wordt ook bescherming geboden tegen discriminatie in het protocol bij het Verdrag inzake cybercriminaliteit. De kwestie van non-discriminatie is duidelijk van invloed geweest op de wetgevende documenten van de RvE en wordt gezien als een fundamentele vrijheid die moet worden beschermd.

1 Er is een opleidingsgids beschikbaar in de vorm van een PowerPoint-presentatie met richtsnoeren voor de toepassing van artikel 14 EVRM op de website van de RvE in de leeromgeving inzake mensenrechten voor juristen: www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1.

2 Voor het huidige aantal EU-lidstaten dat protocol 12 heeft geratificeerd, zie: www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=7&DF=16/07/2010&CL=ENG.

3 Zie artikel 20 en artikel E in deel V van het Europees Sociaal Handvest.

4 Zie artikel 4, artikel 6, lid 2, en artikel 9 van het Kaderverdrag inzake de bescherming van nationale minderheden.

5 Zie artikel 2, lid 1, van het Verdrag van de RvE inzake bestrijding van mensenhandel.

1.1.2. De Europese Unie en de antidiscriminatierichtlijnen

De Europese Unie (EU) was aanvankelijk een intergouvernementele organisatie, maar is nu een aparte rechtspersoon. De EU telt op dit moment 27 lidstaten. Zij is ontstaan uit drie afzonderlijke intergouvernementele organisaties (IGO's) die in de jaren vijftig werden opgericht en zich bezighielden met het veiligstellen van de energievoorziening en de vrije handel (algemeen bekend als de 'Europese Gemeenschappen'). Het belangrijkste doel van de Europese Gemeenschappen was het bevorderen van economische ontwikkeling door middel van vrij verkeer van goederen, kapitaal, personen en diensten. Om alle lidstaten op dezelfde lijn te krijgen, werd in het oorspronkelijke Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (1957) een bepaling opgenomen die discriminatie op grond van geslacht verbood in het kader van arbeid. Dit moest voorkomen dat lidstaten een concurrentievoordeel zouden behalen door voor vrouwen lagere lonen of minder gunstige arbeidsvoorwaarden te bieden. Hoewel de communautaire rechtsorde een grote ontwikkeling heeft doorgemaakt op terreinen als pensioenen, zwangerschap en het opzetten van socialezekerheidsstelsels, gold het non-discriminatierecht van de EU tot 2000 alleen op de terreinen arbeid en sociale zekerheid, en alleen wanneer het discriminatie op grond van geslacht betrof.

In de jaren negentig werd druk gelobbyd door belangengroeperingen om het verbod van discriminatie in het EU-recht uit te breiden naar domeinen zoals ras en etniciteit, seksuele geaardheid, godsdienst en overtuiging, leeftijd en handicap. Vrees voor een heropleving van extreem nationalisme in sommige lidstaten van de EU leidde tot voldoende politieke wil het EG-verdrag te wijzigen en de Gemeenschap op deze gebieden wetgevende bevoegdheden te geven.

In 2000 werden twee richtlijnen vastgesteld: de richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep verbiedt in de context van arbeid discriminatie op grond van seksuele geaardheid, godsdienst of overtuiging, leeftijd en handicap; de richtlijn rassengelijkheid verbiedt in de context van arbeid discriminatie op grond van ras of etnische afstamming, maar ook bij de toegang tot het welzijnsstelsel en de sociale zekerheid en tot goederen en diensten. Dit betekende een aanzienlijke uitbreiding van het toepassingsgebied van het non-discriminatierecht in de EU, waarmee erkend werd dat personen zich pas volledig op de arbeidsmarkt konden ontplooien als ze gelijke toegang hadden tot gebieden zoals gezondheidzorg, onderwijs en huisvesting. In 2004 werd het toepassingsgebied van discriminatie op grond van geslacht uitgebreid naar goederen en diensten door middel van de richtlijn inzake

de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot goederen en diensten. De bescherming tegen discriminatie op grond van geslacht reikt echter nog niet even ver als de bescherming van de richtlijn rassengelijkheid, aangezien de richtlijn betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep de gelijke behandeling waarborgt met betrekking tot de sociale zekerheid, maar niet met betrekking tot het bredere terrein van het welzijnsstelsel, zoals de sociale bescherming en de toegang tot gezondheidszorg en onderwijs.

Hoewel seksuele geaardheid, godsdienst of overtuiging, handicap en leeftijd alleen beschermd worden in de context van arbeid, wordt thans door de EU-instellingen overwogen de bescherming uit te breiden tot het gebied van de toegang tot goederen en diensten (voorstel voor een 'horizontale richtlijn').

1.2. Huidige en toekomstige ontwikkelingen van Europese beschermingsmechanismen

1.2.1. EU-Handvest van de grondrechten

In de oorspronkelijke verdragen van de Europese Gemeenschappen kwamen de mensenrechten of de bescherming ervan niet voor. Er werd aangenomen dat de oprichting van een vrijhandelszone in Europa geen invloed zou hebben op de mensenrechten. Toen er echter zaken voor het Europese Hof van Justitie (EHvJ) werden gebracht over kennelijke schendingen van de mensenrechten ten gevolge van het Gemeenschapsrecht, ontwikkelde het EHvJ een corpus 'rechtersrecht', bekend als de 'algemene beginselen' van Gemeenschapsrecht.[6] Volgens het EHvJ moesten die algemene beginselen een weerspiegeling zijn van de bescherming van de mensenrechten die aanwezig was in nationale grondwetten en mensenrechtenverdragen, met name in het EVRM. Het Hof stelde ervoor te zullen zorgen dat het Gemeenschapsrecht in overeenstemming zou zijn met deze beginselen.

In het besef dat hun beleid gevolgen kan hebben voor de mensenrechten en teneinde de burger dichter bij de EU te brengen, kondigden de EU en haar

6 Na de wijzigingen in verband met het Verdrag van Lissabon werd de naam van het Europese Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen gewijzigd in het Hof van Justitie van de Europese Unie. Dit handboek gebruikt evenwel de benaming Europees Hof van Justitie (EHvJ) om verwarring te vermijden, aangezien veel bestaande literatuur die door rechtsbeoefenaars wordt geraadpleegd, werd gepubliceerd voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon in december 2009.

lidstaten in 2000 het EU-Handvest van de grondrechten af. Het Handvest bevat een opsomming van mensenrechten, geïnspireerd op de rechten die zijn opgenomen in de grondwetten van de lidstaten, het EVRM en de universele mensenrechtenverdragen zoals het VN-Verdrag inzake de rechten van het kind. Het Handvest, dat in 2000 werd vastgesteld, was slechts een 'verklaring' en met andere woorden niet juridisch bindend, maar de Europese Commissie (het belangrijkste orgaan bij het voorstellen van EU-wetgeving) verklaarde dat haar voorstellen het Handvest zouden respecteren.

Met de inwerkingtreding in 2009 van het Verdrag van Lissabon werd het Handvest van de grondrechten wettelijk bindend. Hierdoor zijn de instellingen van de EU gehouden het Handvest na te leven. Ook de lidstaten van de EU moeten het Handvest naleven, maar alleen bij de tenuitvoerlegging van EU-wetgeving. Op verzoek van Tsjechië, Polen en het Verenigd Koninkrijk werd een protocol bij het Handvest overeengekomen waarin dit expliciet wordt vermeld. Artikel 21 van het Handvest bevat een verbod van discriminatie op verschillende gronden, waarop later in dit handboek nader wordt ingegaan. Dit betekent dat personen een klacht kunnen indienen over EU-wetgeving of over nationale wetgeving die EU-recht omzet, als ze van mening zijn dat het Handvest niet wordt gerespecteerd. Nationale rechterlijke instanties kunnen zich met vragen over de juiste uitlegging van het EU-recht wenden tot het EHvJ via de prejudiciële verwijzingsprocedure van artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

1.2.2. VN-verdragen inzake mensenrechten

Bescherming van de mensenrechten is uiteraard niet tot Europa beperkt. Naast regionale beschermingsmechanismen in Noord- en Zuid-Amerika, Afrika en het Midden-Oosten, is er ook een aanzienlijk corpus internationaal recht op het gebied van mensenrechten dat via de Verenigde Naties (VN) tot stand is gekomen. Alle EU-lidstaten zijn partij bij de volgende VN-verdragen op het gebied van mensenrechten die allemaal een verbod op discriminatie bevatten: het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR),[7] het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (ICESCR),[8] het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (ICERD),[9] het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen

7 999 UNTS 171.

8 993 UNTS 3.

9 660 UNTS 195.

(CEDAW)[10], het Verdrag tegen foltering[11] en het Verdrag inzake de rechten van het kind (VRK).[12] Het meest recente verdrag op het gebied van de mensenrechten dat in VN-verband tot stand kwam, is het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap (CRPD)[13] van 2006. Traditioneel kunnen alleen staten toetreden tot verdragen inzake mensenrechten. Naarmate steeds meer staten samenwerken via intergouvernementele organisaties waaraan ze belangrijke bevoegdheden en verantwoordelijkheden delegeren, bestaat steeds meer behoefte ervoor te zorgen dat ook die intergouvernementele organisaties de verplichtingen naleven op het gebied van mensenrechten waartoe hun lidstaten zich hebben verbonden. Het CRPD is het eerste mensenrechtenverdrag in VN-verband waaraan organisaties voor regionale integratie kunnen deelnemen, and de EU heeft het geratificeerd in december 2010.

Het CRPD kent een uitgebreide opsomming van rechten van personen met een handicap, gericht op het veiligstellen van gelijkheid wanneer ze van hun rechten gebruik willen maken, maar legt staten ook verplichtingen op tot het nemen van positieve maatregelen. Net zoals het Handvest is dit bindend voor de EU-instellingen en voor de lidstaten bij de tenuitvoerlegging van het EU-recht. Bovendien zijn de afzonderlijke lidstaten bezig op persoonlijke titel tot het CRPD toe te treden, waardoor de verplichtingen rechtstreeks voor hen zullen gelden. Het CRPD zal naar verwachting een referentiekader worden voor de interpretatie van zowel het EU- als het EHRM-recht met betrekking tot discriminatie op grond van een handicap.

1.2.3. Toetreding van de Europese Unie tot het Europees Verdrag voor de rechten van de mens

Het EU-recht en het EVRM zijn nauw met elkaar verbonden. Alle lidstaten van de EU zijn ook toegetreden tot het EVRM. Zoals hierboven werd opgemerkt, zoekt het EHvJ aansluiting bij het EVRM bij het afbakenen van het toepassingsgebied met betrekking tot de mensenrechten in het EU-recht. Het Handvest van de grondrechten weerspiegelt ook (maar is niet beperkt tot) de rechten die in het EVRM zijn opgenomen. Om die reden vertoont het EU-recht veel gelijkenis met het EVRM, ook al

10 1249 UNTS 13.

11 1465 UNTS 85.

12 1577 UNTS 3. Daarnaast maken sommige lidstaten ook deel uit van het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap (VN-doc. A/61/611, 13 december 2006) en het Internationaal Verdrag ter bescherming van alle personen tegen gedwongen verdwijning (VN-doc. A/61/488, 20 december 2006); maar nog geen enkele is partij bij het Internationaal Verdrag ter bescherming van de rechten van alle arbeidsmigranten en hun familieleden (VN-doc. A/RES/45/158, 1 juli 2003).

13 VN-doc. A/61/611, 13 december 2006.

is de EU feitelijk geen partij bij het EVRM. Als personen echter een klacht willen neerleggen over de EU wanneer die verzuimt de mensenrechten te waarborgen, kunnen ze de EU als zodanig niet voor het EHRM brengen. Ze moeten dan een klacht neerleggen bij de nationale rechterlijke instanties die de zaak vervolgens kunnen doorverwijzen naar het EHvJ via de prejudiciële verwijzingsprocedure, dan wel indirect een klacht neerleggen over de EU bij het EHRM door een actie tegen een lidstaat in te stellen.

Het Verdrag van Lissabon bevat een bepaling voor toetreding van de EU tot het EVRM als zelfstandige partij en protocol 14 van het EVRM maakt dit ook mogelijk. Het is nog niet duidelijk welke gevolgen dit zal hebben in de praktijk, en vooral wat de toekomstige relatie zal zijn tussen het EHvJ en het EHRM, aangezien de onderhandelingen over de toetreding van de EU enkele jaren kunnen duren. Het zal er in elk geval toe leiden dat een individu rechtstreeks een zaak tegen de EU aanhangig kan maken bij het EHRM wanneer het EVRM niet wordt nageleefd.

Belangrijkste punten

- Zowel het EU-recht als het EVRM voorzien in bescherming tegen discriminatie binnen Europa. Hoewel deze twee systemen grotendeels complementair zijn en elkaar versterken, bestaan er enkele verschillen waarvan rechtsbeoefenaars zich bewust moeten zijn.
- Het EVRM beschermt alle individuen binnen het rechtsgebied van zijn 47 lidstaten, terwijl de antidiscriminatierichtlijnen van de EU alleen bescherming bieden aan de burgers van de 27 EU-lidstaten.
- Volgens artikel 14 van het EVRM bestaat er een verbod van discriminatie bij het uitoefenen van een ander door het verdrag gewaarborgd recht. Op grond van protocol 12 is het verbod van discriminatie op zichzelf komen te staan.
- In het non-discriminatierecht van de EU staat het verbod van discriminatie op zichzelf, maar is het beperkt tot specifieke contexten, zoals arbeid.
- De EU-instellingen zijn wettelijk verplicht het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie na te leven, met inbegrip van de bepalingen over non-discriminatie. Ook de EU-lidstaten moeten het Handvest naleven bij de tenuitvoerlegging van EU-recht.
- De Europese Unie zal toetreden tot het CRPD en het EVRM. Hierdoor komt de EU onder toezicht te staan van externe controleorganen en zullen individuen de mogelijkheid hebben schendingen van het EVRM door de EU direct voor het EHRM te brengen.

Aanbevolen literatuur

Bamforth, Malik en O'Cinneide, *Discrimination Law: Theory and Context* (Londen, Sweet & Maxwell, 2008), hoofdstuk 1 'Key Issues and Questions in Discrimination Law', hoofdstuk 2 'Sources and Scope of Domestic Discrimination Law'.

Barnard, *EC Employment Law* (3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2006), hoofdstuk 1 'The Evolution of "EC" Social Policy'.

Besson, 'The European Union and Human Rights: Towards a Post-National Human Rights Institution?', 6 *Human Rights Law Journal* (2006) 323.

Butler, 'A Comparative Analysis of Individual Petition in Regional and Global Human Rights Protection Mechanisms', 23 *University of Queensland Law Journal* (2004) 22.

Chalmers (*et al*), *European Union Law: Text and Materials* (2e ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2010), hoofdstuk 1 'European Integration and the Treaty on European Union', hoofdstuk 2 'EU institutions' en hoofdstuk 6 'Fundamental Rights'.

Costello, 'The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe', 6 *Human Rights Law Review* (2006) 87.

Craig en de Burca, *EU Law: Text, Cases and Materials* (4e ed. Oxford, Oxford University Press, 2008), hoofdstuk 1 'The Development of European Integration', hoofdstuk 11 'Human Rights in the EU'.

Eicke, 'The European Charter of Fundamental Rights—Unique Opportunity or Unwelcome Distraction', 3 *European Human Rights Law Review* (2000) 280.

Ellis, *EU Anti-Discrimination Law'* (Oxford, Oxford University Press, 2005), hoofdstuk 1 Introduction'.

Equinet, 'Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice', volumes I-IV, beschikbaar op: www.equineteurope.org/equinetpublications.html.

Fitzpatrick (*et al*), 'The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of a Non-Discrimination Treaty Article', 25.4 *Industrial Law Journal* (1996) 320.

Guliyev, 'Interdiction générale de la discrimination: droit fondamental ou droit de "second rang"? CourEDH, Gde Ch., Sejdic en Finci c. Bosnie-Herzégovine, 22 december 2009', 31 *L'Europe des libertés: revue d'actualité juridique* (2010).

Heringa en Verhey, 'The EU Charter: Text and Structure', 8 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2001) 11.

Llorente, 'A Charter of Dubious Utility', 1.3 *International Journal of Constitutional Law* (2003) 405.

Martin, 'Strasbourg, Luxembourg et la discrimination: influences croisées ou jurisprudences sous influence?', *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, (2007) 69.

Quesada Segura, 'La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea', *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, (2008) speciale uitgave.

Royer, *The Council of Europe/Le Conseil de l'Europe* (Straatsburg, Raad van Europa, 2010/2009).

Sadurkski, 'Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments', *Human Rights Law Review* (2009) 397.

Syrpis, 'The Treaty of Lisbon: Much Ado … But About What?', 37.3 *Industrial Law Journal* (2008) 219.

Tulkens, 'L'évolution du principe de non-discrimination à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme', in Carlier (ed.), *L'étranger face au droit* (Brussel, Bruylant, 2010).

2

Categorieën van discriminatie en rechtvaardigingsgronden

2.1. Inleiding

Het non-discriminatierecht heeft als doel alle personen gelijke en eerlijke toegang tot kansen in een samenleving te bieden. Elke dag opnieuw maken we keuzes, zoals met wie we omgaan, waar we inkopen doen en waar we werken. We hebben een voorkeur voor bepaalde zaken en mensen. Hoewel het algemeen aanvaard is dat we onze subjectieve voorkeuren uitdrukken, kunnen we soms functies uitoefenen die ons in een gezaghebbende functie plaatsen of een in positie waarin we beslissingen nemen die directe gevolgen hebben op het leven van anderen. Het gaat dan bijvoorbeeld om ambtenaren, winkeliers, werkgevers, huiseigenaren of artsen, die beslissingen nemen over het gebruik van overheidsbevoegdheden of het aanbieden van private goederen en diensten. In deze niet-persoonlijke contexten grijpt het non-discriminatierecht op twee manieren in op de keuzes die we maken.

Ten eerste is bepaald dat personen die zich in soortgelijke situaties bevinden hetzelfde behandeld moeten worden en geen minder gunstige behandeling mogen krijgen indien zij een bepaald 'beschermd' kenmerk bezitten. Dit staat bekend als 'directe' discriminatie. Direct onderscheid, in het kader van het EVRM, mag slechts worden gemaakt indien er sprake is van een algemene objectieve rechtvaardigingsgrond, doch de rechtvaardigingsgronden bij directe discriminatie zijn in het EU-recht enigszins ingeperkt.

Het non-discriminatierecht verbiedt scenario's waarin personen of groepen van personen in een gelijke situatie op een verschillende manier worden behandeld, en waarin personen of groepen in verschillende situaties op dezelfde manier worden behandeld.[14]

Ten tweede is in het non-discriminatierecht bepaald dat personen die zich in verschillende situaties bevinden een verschillende behandeling mogen krijgen, voor zover dat nodig is om hen op dezelfde gronden als anderen van bepaalde mogelijkheden gebruik te laten maken. Met diezelfde 'beschermingsgronden' moet rekening worden gehouden bij het uitvoeren van bepaalde praktijken of het stellen van bepaalde regels. Dit staat bekend als 'indirecte' discriminatie. Indirect onderscheid mag worden gemaakt indien er sprake is van objectieve rechtvaardigingsgronden, ongeacht of de klacht zich beroept op het EVRM of het EU-recht.

In dit hoofdstuk wordt dieper ingegaan op de betekenis van directe en indirecte discriminatie, enkele specifieke uitingen daarvan, zoals intimidatie of opdracht tot discrimineren, en hoe daar in de praktijk door middel van jurisprudentie mee wordt omgegaan. Vervolgens wordt dieper ingegaan op de werking van rechtvaardigingsgronden voor discriminatie.

Van directe discriminatie is sprake wanneer:

- een persoon ongunstig wordt behandeld;
- in vergelijking met de manier waarop anderen, die zich in een soortgelijke situatie bevinden, werden of zouden worden behandeld;
- en de reden hiervoor is gelegen in een bepaald kenmerk dat onder een 'rechtvaardigingsgrond' valt.

2.2. Directe discriminatie

Directe discriminatie wordt op soortgelijke manier gedefinieerd in het EVRM en in het EU-recht. Volgens artikel 2, lid 2, van de richtlijn rassengelijkheid is er sprake van directe discriminatie 'wanneer iemand op grond van ras of etnische afstamming ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld'.[15] Volgens het EHRM moet er sprake zijn van een 'verschil bij de behandeling van personen in analoge, of op relevante punten soortgelijke, situaties', dat 'is gebaseerd op een identificeerbaar kenmerk'.[16]

14 Zie bv. EHRM, *Hoogendijk v. Nederland* (ontvankelijkheidsbeslissing) (nr. 58641/00), 6 januari 2005.

15 Zie eveneens: richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep, artikel 2, lid 2, onder a; richtlijn betreffende gelijkheid van mannen en vrouwen (herschikking), artikel 2, lid 1, onder a; richtlijn inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot goederen en diensten, artikel 2, lid a.

16 EHRM, *Carson en anderen v. VK* [GC] (nr. 42184/05), 16 maart 2010, para. 61. Tevens, EHRM, *D.H. en anderen v. Tsjechië* [GC] (nr. 57325/00), 13 november 2007, para. 175; EHRM, *Burden v. VK* [GC] (nr.13378/05), 29 april 2008, para. 60.

2.2.1. Ongunstige behandeling

De kern van directe discriminatie is het verschil in behandeling waaraan een persoon wordt onderworpen. Dientengevolge is het eerste kenmerk van directe discriminatie het bewijs van ongunstige behandeling. Dat kan relatief eenvoudig te identificeren zijn, in vergelijking met indirecte discriminatie waar vaak statistische gegevens nodig zijn (zie hierna). Enkele voorbeelden uit zaken waarnaar in dit handboek wordt verwezen: geweigerde toegang tot een restaurant of winkel, het ontvangen van een kleiner pensioen of lager loon, onderworpen worden aan verbaal misbruik of geweld, geweigerde doorgang aan een controlepunt, een hogere of lagere pensioenleeftijd hebben, de toegang geweigerd worden tot een bepaald beroep, niet in staat zijn erfenisrechten op te eisen, uitgesloten worden van het gewone onderwijssysteem, uitgewezen worden, het verbod krijgen op het dragen van religieuze symbolen, socialezekerheidsuitkeringen die worden geweigerd of ingetrokken.

2.2.2. Een vergelijking

Ongunstige behandeling is van belang bij het vaststellen van discriminatie wanneer die behandeling ongunstig is in vergelijking met iemand anders in een soortgelijke situatie. Een klacht over een ‘laag’ loon is geen klacht van discriminatie, tenzij kan worden aangetoond dat het loon lager is dan dat van iemand die een soortgelijke taak uitvoert bij dezelfde werkgever. Daarom is een ‘vergelijker’ nodig: een persoon in soortgelijke omstandigheden waarbij het belangrijkste verschil tussen de twee personen is gelegen in de ‘beschermingsgrond’. Met andere woorden, het is de taak van de benadeelde de rechterlijke instantie ervan te overtuigen dat er personen zijn die een meer gunstige behandeling hebben gekregen of zouden krijgen en dat het enige verschil tussen hen is gelegen in de ‘beschermingsgrond’. De gevallen die in dit handboek worden besproken, illustreren dat het bewijzen van de vergelijking vaak niet controversieel is en dat soms geen van beide partijen in het geschil, noch de rechtbank, de vergelijking expliciet bespreken. Hieronder staan enkele gevallen waarbij het bewijzen van de vergelijking uitdrukkelijk naar voren werd gebracht door het beslissende orgaan.

Voorbeeld: in de zaak *Moustaqium* was een Marokkaans staatsburger veroordeeld voor verscheidene strafbare feiten waardoor hij zou worden uitgewezen.[17] De Marokkaanse staatsburger stelde dat de beslissing om

17 EHRM, *Moustaquim v. België* (nr. 12313/86), 18 februari 1991.

hem uit te wijzen een discriminerende behandeling was. Volgens de persoon was er sprake van discriminatie op grond van nationaliteit, omdat Belgische onderdanen geen risico lopen op uitwijzing na een veroordeling voor strafbare feiten. Het EHRM oordeelde dat hij zich niet in een soortgelijke situatie bevond als Belgische onderdanen, omdat het een staat volgens het EVRM niet is toegestaan eigen burgers uit te wijzen. Daarom vormde zijn uitwijzing geen discriminerende behandeling. Hoewel het EHRM aanvaardde dat hij zich in een vergelijkbare situatie bevond als niet-Belgische burgers uit andere EU-lidstaten (die niet uitgewezen kunnen worden vanwege EU-wetgeving met betrekking tot het vrije verkeer van personen), oordeelde het Hof dat het verschil in behandeling gerechtvaardigd was.

Voorbeeld: in de zaak *Allonby* werd het contract van klaagster, die als docente werkte voor een hogeschool, niet vernieuwd.[18] Ze ging vervolgens voor een bedrijf werken dat docenten uitzond naar onderwijsinstellingen. Het bedrijf stuurde klaagster naar haar oude hogeschool om er dezelfde taken uit te voeren als voorheen, maar betaalde haar minder dan de hogeschool vroeger deed. Ze vond dat dit een geval van discriminatie was op grond van geslacht, omdat mannelijke docenten die voor de hogeschool werkten een hoger loon kregen. Het EHvJ oordeelde dat mannelijke docenten die bij de hogeschool werkten, zich niet in een vergelijkbare situatie bevonden. De reden was dat de hogeschool niet verantwoordelijk was voor het vastleggen van het loon van zowel de mannelijke docent die men in dienst had als van klaagster die in dienst was van een extern bedrijf. Ze bevonden zich daarom niet in een voldoende soortgelijke situatie.

Voorbeeld: in de zaak *Luczak* klaagde een Franse landbouwer die in Polen woonde en werkte dat hij niet kon deelnemen aan een speciaal Pools stelsel voor sociale zekerheid, specifiek opgericht om Poolse landbouwers te ondersteunen, omdat het stelsel niet toegankelijk was voor niet-onderdanen.[19] Het EHRM oordeelde dat klager zich in een vergelijkbare situatie bevond als Poolse landbouwers die van dit stelsel gebruik konden maken, omdat hij een permanent ingezetene was, net als staatsburgers belastingen betaalde en daarom bijdroeg tot de financiering van het socialezekerheidsstelsel en voorheen had deelgenomen in het algemene socialezekerheidsstelsel.

18 EHvJ, *Allonby v. Accrington & Rossendale College*, zaak C-256/01 [2004] Jurispr. I-873, 13 januari 2004.

19 EHRM, *Luczak v. Polen* (nr. 77782/01), 27 november 2007; zie ook EHRM, *Gaygusuz v. Oostenrijk* (nr. 17371/90), 16 september 1996.

Voorbeeld: in de zaak *Richards* had klager een geslachtsverandering van man naar vrouw ondergaan.[20] Ze wilde met pensioen gaan op haar 60ste verjaardag, de leeftijd waarop vrouwen in het Verenigd Koninkrijk het recht hebben een pensioen te ontvangen. De overheid weigerde haar een pensioen toe te kennen en stelde dat klaagster geen ongunstige behandeling had gekregen in vergelijking met anderen in dezelfde situatie. De overheid argumenteerde dat de juiste 'vergelijker' in dit geval 'mannen' betrof, aangezien klaagster vroeger een leven als man had geleid. Het EHvJ oordeelde dat, nu de nationale wetgeving het mogelijk maakte dat een persoon een geslachtsverandering doorgeeft, 'vrouwen' in dit geval juiste 'vergelijker' was. Bijgevolg werd klaagster minder gunstig behandeld dan andere vrouwen, omdat een hogere pensioenleeftijd werd opgelegd.

Voorbeeld: de zaak *Burden* ging over twee zussen die gedurende 31 jaar hadden samengewoond.[21] Ze waren samen in het bezit van een eigendom en hadden elk hun deel van de eigendom in een testament nagelaten aan de ander. Volgens klaagsters zou bij het overlijden van een van hen, de andere erfenisrechten moeten betalen omdat de waarde van de eigendom hoger lag dan een bepaalde drempel. Ze beschouwden dit als een discriminerende schending van hun recht op eigendom, omdat getrouwde stellen en paren met een geregistreerd partnerschap waren vrijgesteld van deze erfenisrechten. Het EHRM oordeelde echter dat klaagsters, als zussen, zich niet konden vergelijken met samenwonende paren die getrouwd waren of geregistreerde partners waren. Het huwelijk en geregistreerde partnerschappen zijn speciale relaties die uit vrije wil en met opzet worden aangegaan om contractuele rechten en verantwoordelijkheden te creëren. De relatie van klaagsters was daarentegen gebaseerd op bloedverwantschap en was dus fundamenteel verschillend.

Voorbeeld: in de zaak *Carson en anderen v. VK* klaagden verzoekers dat de overheid van het Verenigd Koninkrijk niet dezelfde verhoging toepaste op het pensioen van mensen die in het buitenland hun pensioen doorbrengen in vergelijking met gepensioneerden die in het Verenigd Koninkrijk verbleven.[22] Volgens de wetgeving van het VK worden verhogingen alleen maar toegepast voor inwoners van het VK met uitzondering van VK-onderdanen die hun pen-

20 EHvJ, *Richards v. Secretary of State for Work and Pensions*, zaak C-423/04 [2006] Jurispr. I-3585, 27 april 2006.

21 EHRM, *Burden v. VK* [GC] (nr. 13378/05), 29 april 2008.

22 EHRM, *Carson en anderen v. VK* [GC] (nr. 42184/05), 16 maart 2010.

sioen ontvangen in landen waarmee het VK een wederzijdse overeenkomst inzake sociale zekerheid heeft gesloten. De aanvragers, die niet in een staat woonden waarmee een dergelijke overeenkomst was gesloten, vonden dat ze gediscrimineerd werden op grond van hun verblijfplaats. Het EHRM was het niet eens met verzoekers, die vonden dat ze zich in een soortgelijke positie bevonden als gepensioneerden die in het VK wonen of VK-onderdanen die hun pensioen ontvangen in landen waarmee het VK een wederzijds akkoord had. Het EHRM was van oordeel dat, hoewel deze verschillende groepen hadden bijgedragen aan de overheidsinkomsten via de betaling van een nationale verzekering, dit niet kon worden beschouwd als een pensioenfonds, maar eerder als algemene openbare inkomsten ter financiering van verschillende aspecten van overheidsuitgaven. Bovendien was het de taak van de overheid verhogingen door te voeren, gebaseerd op de stijgende kosten voor levensonderhoud in het VK. Verzoekers bevonden zich daarom niet in een vergelijkbare situatie met de andere groepen en werden derhalve niet gediscrimineerd.

Er bestaat evenwel een uitzondering op het vinden van een geschikte 'vergelijker', althans in de context het EU-recht op het gebied van arbeid, namelijk wanneer de discriminatie het gevolg is van zwangerschap. Na een lange reeks EHvJ-uitspraken, te beginnen met de invloedrijke zaak *Dekker*, wordt thans aangenomen dat, indien het nadeel dat wordt geleden door een persoon het gevolg is van een zwangerschap, dit wordt beschouwd als directe discriminatie op grond van geslacht, zonder dat er een vergelijking nodig is.[23]

2.2.3. Beschermingsgronden

In hoofdstuk 4 komen de 'beschermingsgronden' van het Europese non-discriminatierecht aan bod, te weten geslacht, seksuele voorkeur, handicap, leeftijd, ras, etnische afkomst, nationaliteit en godsdienst of overtuiging. In dit deel wordt de nadruk gelegd op de noodzakelijkheid van een causaal verband tussen de minder gunstige behandeling en de beschermingsgrond. Om aan deze behoefte te voldoen, hoeft men maar één eenvoudige vraag te stellen: zou de persoon gunstiger behandeld zijn geweest indien hij of zij een ander geslacht, een andere afkomst of andere leeftijd had gehad, of indien hij/zij zich in een tegengestelde positie had bevonden volgens een van de andere beschermingsgronden?

23 EHvJ, *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, zaak C-177/88 [1990] Jurispr. I-3941, 8 november 1990. Tevens, EHvJ, *Webb v. EMO Cargo (Verenigd Koninkrijk) Ltd*, zaak C-32/93 [1994] Jurispr. I-3567, 14 juli 1994.

Is het antwoord bevestigend, dan houdt de minder gunstige behandeling duidelijk verband met de desbetreffende beschermingsgrond.

De regel of praktijk die wordt toegepast hoeft niet noodzakelijkerwijs expliciet te verwijzen naar de 'beschermingsgrond', zolang er maar wordt verwezen naar een andere factor die onlosmakelijk is verbonden met de beschermingsgrond. Het komt erop neer dat bij de overweging of directe discriminatie heeft plaatsgevonden, wordt beoordeeld of de minder gunstige behandeling te maken heeft met een 'beschermingsgrond' die niet kan worden gescheiden van de specifieke factor waarover wordt geklaagd.

Voorbeeld: in de zaak *James v. Eastleigh Borough Council* moest de heer James betalen voor toegang tot het zwembad van Eastleigh, terwijl zijn vrouw gratis naar binnen mocht.[24] Ze waren beiden 61 jaar oud. Het voordeel van gratis toegang was alleen beschikbaar voor mevrouw James omdat ze met pensioen was, terwijl de heer James nog werkte; in het Verenigd Koninkrijk gaan mannen met 65 jaar met pensioen en vrouwen met 60 jaar. Hoewel de regel van gratis toegang tot het zwembad was gebaseerd op het feit of iemand met pensioen was, hing de mogelijkheid om met pensioen te gaan af van het geslacht. Het Hogerhuis in het Verenigd Koninkrijk concludeerde dat, indien de heer James van het andere geslacht was geweest, hij op dezelfde manier zou zijn behandeld als zijn vrouw. Bovendien werd vastgesteld dat de intentie en motivering achter de behandeling niet relevant waren, de nadruk lag vooral op de behandeling zelf.

Voorbeeld: in de zaak *Maruko* was een homoseksueel paar een 'levenspartnerschap' aangegaan.[25] De partner van klager was overleden en klager wilde het 'nabestaandenpensioen' opeisen van het bedrijf dat instond voor het bedrijfspensioenstelsel van zijn overleden partner. Het bedrijf weigerde klager te betalen, omdat het nabestaandenpensioen alleen kon worden uitbetaald aan echtgenoten en hij niet met de overledene was getrouwd. Het EHvJ was het ermee eens dat de weigering om het pensioen te betalen een ongunstige behandeling inhield in vergelijking met 'getrouwde' paren. Het EHvJ oordeelde dat het instituut 'levenspartnerschap' in Duitsland veelal dezelfde rechten en plichten in het leven riep voor levenspartners in vergelijking met

24 UK House of Lords (UK), *James v. Eastleigh Borough Council* [1990] UKHL6, 14 juni 1990.

25 EHvJ, *Maruko* v. *Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, zaak C-267/06 [2008] Jurispr. I-1757, 1 april 2008.

gehuwden, vooral wat betreft pensioenstelsels van de overheid. Het Hof was daarom van oordeel dat in deze zaak levenspartners zich in een soortgelijke situatie bevinden als gehuwden. Het EHvJ stelde vervolgens dat dit een discriminatie op grond van seksuele geaardheid opleverde. Het feit dat ze niet konden trouwen, was dus onlosmakelijk verbonden met hun seksuele geaardheid.

Voorbeeld: in de zaak *Aziz v. Cyprus* klaagde verzoeker dat hem het recht om te stemmen werd ontzegd wegens zijn Turks-Cypriotische etniciteit.[26] De Cypriotische wet bepaalde dat Turks-Cyprioten en Grieks-Cyprioten tijdens parlementsverkiezingen alleen mochten stemmen op kandidaten uit hun eigen etnische gemeenschappen. Sinds de Turkse bezetting van Noord-Cyprus, had de grote meerderheid van de Turkse gemeenschap het grondgebied echter verlaten en hun deelname aan het parlement werd opgeschort. Bijgevolg was er niet langer een lijst met kandidaten waarvoor de klager kon stemmen. Hoewel de overheid argumenteerde dat de onmogelijkheid te stemmen het gevolg was van het feit dat er geen kandidaten waren waarvoor hij kon gaan stemmen, oordeelde het EHRM dat de nauwe band tussen de kieswetgeving en het lidmaatschap tot de Turks-Cypriotische gemeenschap, in combinatie met een overheid die nalaat de kieswetgeving aan te passen aan de situatie, resulteerde in directe discriminatie op grond van etniciteit.

De rechtbanken hebben een brede interpretatie gegeven aan de reikwijdte van het begrip ‘beschermingsgrond’. Het kan ‘associatieve discriminatie’ omvatten, waarbij het slachtoffer van discriminatie niet zelf de persoon is met de beschermde eigenschap. Het geldt ook wanneer een bepaald criterium wordt geïnterpreteerd op een abstracte manier. Hierdoor is het van essentieel belang dat rechtsbeoefenaars een gedetailleerde analyse uitvoeren van de redenering achter de minder gunstige behandeling en op zoek gaan naar het bewijs dat de beschermingsgrond de oorzaak is van dergelijke behandeling, het zij direct of indirect.

Voorbeeld: in de zaak *Coleman v. Attridge Law en Steve Law* beweerde een moeder dat ze ongunstig werd behandeld op het werk omdat haar zoon gehandicapt was.[27] De handicap van haar zoon zorgde ervoor dat ze soms te laat was en dat ze haar vakantie wilde plannen naar de behoeften van haar zoon. De vakantieplannen van klaagster werden geweigerd en er werd gedreigd met ontslag, maar ze kreeg ook beledigende commentaren met betrekking tot de

26 EHRM, *Aziz v. Cyprus* (nr. 69949/01), 22 juni 2004.

27 EHvJ, *Coleman v. Attridge Law en Steve Law*, zaak C-303/06 [2008] Jurispr. I-5603, 17 juli 2008.

toestand van haar zoon. Het EHvJ aanvaardde haar collega's in soortgelijke functies en met kinderen als vergelijker en stelde vast dat zij wel konden rekenen op de gevraagde flexibiliteit. Tevens werd vastgesteld dat dit een vorm van discriminatie en intimidatie betrof op grond van de handicap van haar kind.

Voorbeeld: in de zaak *Weller v. Hongarije* was een Roemeense vrouw getrouwd met een Hongaarse man en het paar had vier kinderen.[28] Ze kwam niet in aanmerking voor een moederschapsuitkering na de geboorte van haar kind, omdat ze geen Hongaars staatsburger was. Haar man probeerde de uitkering aan te vragen, maar de overheid wees hem af omdat alleen moeders de uitkering konden ontvangen. Het EHRM oordeelde dat hij werd gediscrimineerd op grond van vaderschap (in plaats van geslacht), aangezien mannelijke adoptieouders of voogden wel recht hadden op de uitkering en biologische vaders niet. Er werd ook een klacht neergelegd door de kinderen, die vonden dat ze gediscrimineerd werden door de weigering de uitkering te betalen aan hun vader, wat door het EHRM werd erkend. De kinderen werden met andere woorden gediscrimineerd op grond van de status van hun ouder als biologische vader.

Voorbeeld: in de zaak *P. v. S. en Cornwall County Council* bevond klager zich in het proces van een geslachtsverandering van man naar vrouw op het moment dat hij door zijn werkgever werd ontslagen. Het EHvJ oordeelde dat het ontslag een ongunstige behandeling vormde.[29] Wat de vergelijking betreft stelde het EHvJ: '[w]anneer iemand dus wordt ontslagen op grond dat hij/zij een geslachtsverandering wenst te ondergaan of heeft ondergaan, wordt hij/zij slechter behandeld dan degenen die behoren tot het geslacht waartoe hij/zij voor die operatie werd geacht te behoren'. Wat de gronden betreft kon niet worden aangetoond dat klager anders werd behandeld omdat hij een man of een vrouw was, maar er kon echter wel worden aangetoond dat het verschil in behandeling met de geslachtsverandering te maken had.

2.3. Indirecte discriminatie

Zowel in het EU- als het EVRM-recht wordt erkend dat discriminatie niet alleen het gevolg kan zijn van een verschillende behandeling van personen die zich in een soortgelijke situatie bevinden, maar ook door dezelfde behandeling te geven aan personen die zich in verschillende situaties bevinden. Dit laatste wordt 'indirecte'

28 EHRM, *Weller v. Hongarije* (nr. 44399/05), 31 maart 2009.

29 EHvJ, *P. v. S. en Cornwall County Council*, zaak C-13/94 [1996] Jurispr. I-2143, 30 april 1996.

discriminatie genoemd, omdat het niet de behandeling is die verschilt, maar eerder de gevolgen van die behandeling die op een andere manier worden ervaren door mensen met verschillende kenmerken. Artikel 2, lid 2, onder b, van de richtlijn rassengelijkheid spreekt van 'indirecte discriminatie, wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen van een bepaald ras of een bepaalde etnische afstamming in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt'.[30] Het EHRM maakte gebruik van die definitie van indirecte discriminatie in enkele van zijn recente uitspraken en verklaarde dat 'een verschil in behandeling de vorm kan aannemen van onevenredige prejudiciele effecten van algemeen beleid of een algemene maatregel die, hoewel neutraal verwoord, een groep personen discrimineert'.[31]

Indirecte discriminatie bestaat uit de volgende elementen:

- een neutrale regel, maatstaf of handelswijze;
- die een groep, gedefinieerd door een 'beschermingsgrond' op een significant negatievere manier beïnvloedt;
- vergeleken met anderen in een soortgelijke situatie.

2.3.1. Een neutrale regel, maatstaf of handelswijze

Een eerste vereiste is gelegen in de ogenschijnlijk neutrale regel, maatstaf of handelswijze. Met andere woorden, er moet sprake zijn van een norm die op iedereen van toepassing is. Hieronder worden twee zaken beschreven ter illustratie. Zie hoofdstuk 5 over bewijskwesties en de rol van statistieken voor meer voorbeelden.

Voorbeeld: in de zaak *Schönheit* werden de pensioenen van deeltijdwerknemers berekend met een andere rente dan bij voltijdmedewerkers.[32] Het verschil in rente was niet gebaseerd op de verschillen in werkduur. Daardoor kregen deeltijdmedewerkers een kleiner pensioen dan voltijdmedewerkers, zelfs wanneer rekening gehouden werd met de verschillen in anciënniteit. Het kwam er op neer dat deeltijdwerknemers minder betaald werden. Deze neutrale regel voor de berekening van pensioenen gold voor alle deeltijdse werknemers. Maar omdat zo'n 88 procent van de deeltijdwerknemers uit vrouwen

30 Tevens: Richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep, artikel 2, lid 2, onder b; richtlijn betreffende gelijkheid van mannen en vrouwen (herschikking), artikel 2, lid 1, onder b; richtlijn inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot goederen en diensten, artikel 2, lid b.

31 EHRM, *D.H. en anderen v. Tsjechië* [GC] (nr. 57325/00), 13 november 2007, para. 184; EHRM, *Opuz v. Turkije* (nr. 33401/02), 9 juni 2009, para. 183. EHRM, *Zarb Adami v. Malta* (nr. 17209/02), 20 juni 2006, para. 80.

32 EHvJ, *Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main* en *Silvia Becker v. Land Hessen*, gevoegde zaken C-4/02 en C-5/02 [2003] Jurispr. I-12575, 23 oktober 2003.

bestond, waren de gevolgen van de regel onevenredig negatief voor vrouwen ten opzichte van mannen.

Voorbeeld: in de zaak *D.H. en anderen v. Tsjechië* werd een reeks testen gebruikt om de intelligentie en geschiktheid van leerlingen te bepalen en na te gaan of ze van het gewone onderwijs moesten worden overgeplaatst naar speciale scholen.[33] Die speciale scholen waren bedoeld voor kinderen met een geestelijke handicap of andere leerproblemen. Dezelfde test werd afgenomen bij alle leerlingen die in aanmerking kwamen voor speciale scholen. In de praktijk bleek echter dat de test werd ontworpen voor de doorsneeTsjechische bevolking, met als gevolg dat Romaleerlingen inherent meer kans hadden slecht te scoren – dat deden ze ook, zodat tussen de 80 en 90 procent van de Romakinderen buiten het gewone onderwijssysteem werd geplaatst. Het EHvJ oordeelde dat dit een vorm van indirecte discriminatie was.

2.3.2. Significant negatievere gevolgen voor een beschermde groep

Een tweede vereiste is erin gelegen dat de ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelswijze voor een specifiek nadeel zorgt binnen een 'beschermde groep'. Hierin verschilt indirecte discriminatie van directe discriminatie: er wordt geen nadruk gelegd op een verschil in behandeling, maar op een verschil in resultaat.

Wanneer met statistische gegevens kan worden aangetoond dat de beschermde groep onevenredige nadelen ondervindt vergeleken met anderen in een soortgelijke situatie, is voor het EHvJ en het EHRM het bewijs erin gelegen dat een groot deel van de benadeelden behoort tot die 'beschermde groep'. Dit wordt uitgebreid besproken in hoofdstuk 5 over bewijskwesties. Voorlopig wordt alleen verwezen naar enkele formuleringen van het EHvJ, die voorkomen in het advies van advocaat-generaal Léger in de zaak *Nolte* wanneer het gaat over discriminatie op grond van geslacht:

> *'[D]at een maatregel, om als discriminatoir te worden aangemerkt, "een veel groter aantal vrouwen dan mannen" [Rinner-Kühn[34]] of "aanzienlijk minder*

33 EHRM, *D.H. en anderen v. Tsjechië* [GC] (nr. 57325/00), 13 november 2007, para. 79.

34 EHvJ, *Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung*, zaak C-171/88 [1989] Jurispr. 2743, 13 juli 1989.

mannen dan vrouwen" [Nimz,[35] Kowalska[36]] of "een veel groter percentage vrouwen dan mannen" [De Weerd[37]] moet treffen.'[38]

2.3.3. Een vergelijking

Net zoals bij directe discriminatie moet een rechterlijke instantie een vergelijking hebben teneinde te bepalen of het effect van een bepaalde regel, maatstaf of handelswijze significant negatiever is dan wat ervaren wordt door andere personen in een soortgelijke situatie. De benaderingswijze van de rechterlijke instanties is in dit opzicht niet anders dan bij directe discriminatie.

2.4. Intimidatie en opdracht tot discrimineren

Volgens de antidiscriminatierichtlijnen wordt intimidatie beschouwd als discriminatie wanneer:

- er sprake is van ongewenst gedrag dat met een van de beschermingsgronden verband houdt;
- en tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast;
- en/of een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd.[39]

2.4.1. Intimidatie en opdracht tot discrimineren onder de antidiscriminatierichtlijnen van de EU

Het verbod van intimidatie en van de opdracht tot discrimineren als onderdeel van het non-discriminatierecht van de EU, betreft een relatief nieuwe ontwikkeling om uitgebreidere bescherming mogelijk te maken.

Intimidatie is in de antidiscriminatierichtlijnen van de EU een specifiek type discriminatie. Voorheen

35 EHvJ, *Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg*, zaak C-184/89 [1991] Jurispr. I-297, 7 februari 1991.

36 EHvJ, *Kowalska v. Freie und Hansestadt Hamburg*, zaak C-33/89 [1990] Jurispr. I-2591, 27 juni 1990.

37 EHvJ, *De Weerd, nee Roks, en anderen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen en anderen*, zaak C-343/92 [1994] Jurispr. I-571, 24 februari 1994.

38 Advies van advocaat-generaal Léger van 31 mei 1995, paragrafen 57-58 in EHvJ, *Nolte v. Landesversicherungsanstalt Hannover*, zaak C-317/93 [1995] Jurispr. I-4625, 14 december 1995. Voor een voorbeeld van een soortgelijke aanpak die werd goedgekeurd onder het EVRM, zie de zaak *D.H. en anderen v. Tsjechië* [GC] (nr. 57325/00), 13 november 2007 (besproken in 5 paragraaf 2.1).

39 Zie: richtlijn rassengelijkheid, artikel 2, lid 3; richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep, artikel 2, lid 3; richtlijn inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot goederen en diensten, artikel 2, lid c; richtlijn betreffende gelijkheid van mannen en vrouwen (herschikking), artikel 2, lid 1, onder c.

werd intimidatie opgevat als een specifieke uiting van directe discriminatie. Het onderbrengen in een aparte titel in de richtlijnen is vooral bedoeld om deze zeer schadelijke vorm van discriminatie meer aandacht te geven en is geen wijziging in het conceptuele denken.

De richtlijnen betreffende gelijkheid van mannen en vrouwen beschrijven ook specifiek seksuele intimidatie als een specifiek type van discriminatie, waarbij het ongewenst 'verbaal, non-verbaal of fysiek' gedrag met een 'seksuele' connotatie betreft.[40]

Volgens die definitie is er geen vergelijking nodig om intimidatie te bewijzen. Dit is in de eerste plaats een weerspiegeling van het feit dat intimidatie op zich onjuist is door de vorm die het aanneemt (verbaal, non-verbaal of fysiek misbruik) en de mogelijke gevolgen (schending van de menselijke waardigheid).

Veel van de richtsnoeren op EU- niveau over intimidatie zijn afgeleid van de Verklaring van de Raad van 19 december 1991 inzake de tenuitvoerlegging van de aanbeveling van de Commissie betreffende de bescherming van de waardigheid van vrouwen en mannen op het werk, met inbegrip van de gedragscode om seksuele intimidatie tegen te gaan.[41] Het EU-recht hanteert een flexibele objectieve/subjectieve benaderingswijze. Er wordt vooral uitgegaan van de perceptie van het slachtoffer van de behandeling bij het bepalen of intimidatie heeft plaatsgevonden. Daarnaast, zelfs als het slachtoffer de gevolgen niet daadwerkelijk voelt, kan nog altijd intimidatie worden vastgesteld zolang de klager het doel is van het gedrag in kwestie.

Vragen over het feit of bepaald gedrag al dan niet een vorm van intimidatie is, worden doorgaans beantwoord op nationaal niveau alvorens zaken worden doorverwezen naar het EHvJ. De volgende voorbeeldgevallen zijn daarom gebaseerd op nationale rechtspraak.

---

40 Richtlijn inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot goederen en diensten, artikel 2, lid d; richtlijn betreffende gelijkheid van mannen en vrouwen (herschikking), artikel 2, lid 1, onder d.

41 Verklaring van de Raad van 19 december 1991 inzake de tenuitvoerlegging van de aanbeveling van de Commissie betreffende de bescherming van de waardigheid van vrouwen en mannen op het werk, met inbegrip van de gedragscode om seksuele intimidatie tegen te gaan, PB C 27 van 4 februari 1992, blz.1; Aanbeveling 92/131/EEG van de Commissie betreffende de bescherming van de waardigheid van vrouwen en mannen op het werk, PB L 49 van 24 februari 1992, blz. 1.

Voorbeeld: in een zaak voor het Zweedse hof van beroep betrof het een klager die een puppy wilde kopen. Zodra de verkoper besefte dat de koper homoseksueel was, weigerde hij de verkoop af te ronden vanwege het welzijn van de puppy door te stellen dat homoseksuelen seksuele daden met dieren verrichten. De rechtbank oordeelde dat de weigering de puppy te verkopen een geval van directe discriminatie was in de context van goederen en diensten en meer specifiek, volgens het Zweedse hof van beroep, een geval van intimidatie was op grond van seksuele geaardheid.[42]

Voorbeeld: in een zaak voor de Hongaarse autoriteit voor gelijke behandeling werd een klacht neergelegd over leerkrachten die tegen Romastudenten vertelden dat hun wangedrag op school werd gemeld aan de 'Hongaarse garde', een nationalistische organisatie die bekend stond om extreme gewelddaden tegen Roma.[43] Er werd geoordeeld dat de leerkrachten het racistische gedachtegoed van de garde impliciet goedkeurden en dat ze een klimaat van angst hadden gecreëerd dat tot intimidatie leidde.

Bovendien is in alle antidiscriminatierichtlijnen opgenomen dat een 'opdracht tot discrimineren' gelijk is aan 'discriminatie'.[44] Geen van de richtlijnen geeft echter een definitie van wat met die term wordt bedoeld. Om echt van nut te zijn in de strijd tegen discriminerende praktijken, zou dit begrip niet beperkt mogen worden tot instructies die verplicht gevolgd moeten worden, maar zich moeten uitbreiden tot situaties waarbij er sprake is van een uitgesproken voorkeur of een aanmoediging om personen minder gunstig te behandelen in verband met een van de beschermingsgronden. Op dit gebied kan nog ontwikkeling plaatsvinden door middel van jurisprudentie.

Hoewel de antidiscriminatierichtlijnen de lidstaten niet verplichten van het strafrecht gebruik te maken in hun strijd tegen discriminatie, is er wel een

42 Hof van beroep Svea (Zweden), *Ombudsman tegen Discriminatie op grond van Seksuele Geaardheid v. A.S.*, zaak nr. T-3562-06, 11 februari 2008. Engelse samenvatting beschikbaar op het Europese Netwerk van juridische deskundigen inzake antidiscriminatie, 8 (juli 2009) *European Anti-Discrimination Law Review*, blz. 69.

43 Autoriteit voor gelijke kansen (Hongarije), besluit nr. 654/2009, 20 december 2009. Engelse samenvatting beschikbaar via: Europees Netwerk van juridische deskundigen inzake antidiscriminatie, 'News Report': www.non-discrimination.net/content/media/HU-14-HU_harassment_of_Roma_pupils_by_teachers.pdf.

44 Artikel 2, lid 4, richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep; artikel 4, lid 1, richtlijn inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot goederen en diensten; artikel 2, lid 2, onder b, richtlijn betreffende gelijkheid van mannen en vrouwen (herschikking); artikel 2, lid 4, richtlijn rassengelijkheid.

kaderbesluit van de Europese Raad dat alle EU-lidstaten verplicht om te voorzien in strafsancties voor het aanzetten tot geweld of haat gebaseerd op ras, huidskleur, afkomst, godsdienst of overtuiging, nationaliteit of etnische afkomst, evenals voor de verspreiding van xenofobisch materiaal en het vergoelijken, ontkennen of bagatelliseren van genocide, oorlogsmisdaden en misdaden tegen de menselijkheid gericht tegen zulke groepen.[45] De lidstaten zijn ook verplicht racistische of xenofobe motieven te beschouwen als een verzwarende omstandigheid.

Het is daarom goed mogelijk dat een daad van intimidatie of het aanzetten tot discriminatie, gevoegd bij discriminatie, onder het nationale strafrecht valt, vooral waar het gaat om ras of etniciteit.

Voorbeeld: een zaak voor de Bulgaarse rechtbank betrof een parlementslid welke opmerkingen had gemaakt over de Roma, de joodse en de Turkse gemeenschappen en naar 'buitenlanders' in het algemeen. Er werd verklaard dat deze gemeenschappen verhinderden dat Bulgaren hun eigen land konden leiden, dat ze misdaden pleegden zonder gestraft te worden en dat ze de Bulgaren beroofden van hun gezondheidszorg. Ook werden mensen aangemoedigd om ervoor te zorgen dat de staat geen 'kolonie' zou worden van deze groepen.[46] De regionale rechtbank in Sofia oordeelde dat dit intimidatie was en een opdracht tot discrimineren inhield.

2.4.2. Intimidatie en opdracht tot discrimineren volgens het EVRM

Hoewel het EVRM geen specifiek verbod bevat op intimidatie of de opdracht tot discrimineren, bevat het wel bepaalde rechten die hiermee zijn verbonden. Intimidatie kan aldus vallen onder het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven, dat wordt beschermd in artikel 8 van het EVRM, of onder het recht niet te worden onderworpen aan onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen in artikel 3, terwijl de opdracht tot discrimineren kan worden gedekt door andere artikelen, zoals vrijheid van godsdienst of vergadering van artikel 9 of 11, naargelang van de context. Als deze daden een discriminerend motief hebben,

45 Kaderbesluit 2008/913/JHA van de Raad van 28 november 2008 inzake de bestrijding van bepaalde vormen en uitingen van racisme en vreemdelingenhaat door middel van het strafrecht, PB L 328 van 6 december 2008, blz. 55.

46 Regionale rechtbank van Sofia (Bulgarije), besluit nr. 164 in rechtszaak nr. 2860/2006, 21 juni 2006. Engelse samenvatting beschikbaar op FRA InfoPortal, zaak 11-1.

onderzoekt het EHRM de vermeende inbreuken op de desbetreffende artikelen in samenhang met artikel 14, waarin discriminatie wordt verboden. Hieronder staan enkele voorbeelden van gevallen met soortgelijke feiten als hierboven, gezien in het licht van het EVRM.

Voorbeeld: in *Bączkowski en anderen v. Polen* had de burgemeester van Warschau publieke uitspraken gedaan met een homofoob karakter, waarbij hij verklaarde dat hij geen toestemming zou geven voor een mars voor bewustwording van discriminatie op grond van seksuele geaardheid.[47] Toen de bevoegde administratieve dienst zich moest uitspreken, werd de toestemming geweigerd op grond van andere redenen, zoals de noodzaak rellen tussen demonstranten te vermijden. Het EHRM oordeelde dat de uitlatingen van de burgemeester een invloed konden hebben op de beslissing van de bevoegde instanties en dat de beslissing was gebaseerd op discriminatie van seksuele geaardheid en een schending inhield van het recht op vergadering in samenhang met het recht om gevrijwaard te blijven van discriminatie.

Voorbeeld: in *Paraskeva Todorova v. Bulgarije* negeerden de nationale rechterlijke instanties, bij de veroordeling van iemand met een Roma-afkomst, expliciet de aanbeveling van de aanklager om de straf op te schorten. Daarbij werd gesteld dat er een cultuur van straffeloosheid heerste bij de Roma minderheid en werd geïmpliceerd dat een voorbeeld zou worden gesteld met deze persoon.[48] Het EHRM oordeelde dat dit een schending was van het recht op een eerlijk proces, in samenhang met het recht om gevrijwaard te worden van discriminatie.

2.5. Speciale of specifieke maatregelen

Zoals hierboven reeds opgemerkt, gaat het er bij indirecte discriminatie om dat de discriminatie plaatsvindt omdat dezelfde regel wordt toegepast op iedereen zonder rekening te houden met relevante verschillen. Om situaties zoals deze te corrigeren en te voorkomen, dienen overheden, werkgevers en dienstverleners ervoor te zorgen dat ze hun regels en handelswijzen aanpassen en daarbij rekening houden met zulke verschillen – ze moeten met andere woorden iets doen om hun beleid en maatregelen af te stemmen. In VN-context wordt dit 'speciale maatregelen'

47 EHRM, *Bączkowski en anderen v. Polen* (nr. 1543/06), 3 mei 2007.

48 EHRM, *Paraskeva Todorova v. Bulgarije* (nr. 37193/07), 25 maart 2010.

genoemd, terwijl de EU-regelgeving het heeft over 'specifieke maatregelen' of 'positieve actie'. Door speciale maatregelen te nemen, kunnen overheden niet alleen 'formele gelijkheid' garanderen, maar ook 'materiële gelijkheid', dat wil zeggen gelijke kansen om toegang te krijgen tot de voordelen die in de samenleving beschikbaar zijn. Wanneer overheden, werkgevers en dienstverleners niet willen nagaan of speciale maatregelen kunnen worden aangewezen, verhogen ze het risico dat hun regels en handelswijzen tot indirecte discriminatie leiden.

Volgens het EHRM wordt 'het recht om niet gediscrimineerd te worden bij het genot van de rechten die worden gewaarborgd onder het EHRM ook geschonden wanneer staten … nalaten om personen wier situatie significant verschilt ook verschillend te behandelen'.[49] Ook de antidiscriminatierichtlijnen van de EU voorzien expliciet in de mogelijkheid van positieve actie: '[h]et beginsel van gelijke behandeling belet niet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid in de praktijk te waarborgen, specifieke maatregelen handhaaft of aanneemt om de nadelen verband houdende met [een beschermingsgrond] te voorkomen of te compenseren'.[50]

Artikel 5 van de richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep bevat bijzondere uitdrukkingen van de algemene regel van specifieke maatregelen met betrekking tot personen met een handicap, die werkgevers oplegt om 'redelijke voorzieningen' aan te bieden zodat mensen met een fysieke of mentale handicap gelijke kansen krijgen op het gebied van werkgelegenheid. Dit wordt gedefinieerd als 'passende maatregelen, waar nodig, om een persoon met een handicap in staat te stellen om toegang te krijgen tot, deel te nemen aan, en carrière te maken in het arbeidsleven, of opleidingen te volgen, zonder dat dit voor de werkgever een onevenredig zware belasting vormt'. Dit kan maatregelen omvatten zoals het plaatsen van een lift of helling of een invalidentoilet op de werkvloer zodat toegang met een rolstoel mogelijk wordt.

Voorbeeld: in de zaak *Thlimmenos v. Griekenland* was het volgens de nationale wetgeving verboden voor mensen met een strafrechtelijke veroordeling om het beroep van beëdigd accountant uit te voeren, omdat een strafrechtelijke veroordeling een gebrek aan eerlijkheid en betrouwbaarheid impliceerde,

49 EHRM, *Thlimmenos v. Griekenland* [GC] (nr. 34369/97), 6 april 2000, para. 44. Tevens, EHRM, *Pretty v. het Verenigd Koninkrijk* (nr. 2346/02), 29 april 2002, para. 88.

50 Richtlijn rassengelijkheid, artikel 5; richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep, artikel 7; richtlijn inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot goederen en diensten, artikel 6; en ook met een enigszins andere formulering: richtlijn betreffende gelijkheid van mannen en vrouwen (herschikking), artikel 3.

eigenschappen die nodig zijn in deze functie. De klager in deze zaak was strafrechtelijk veroordeeld voor de weigering het militaire uniform te dragen tijdens zijn militaire dienst. De reden hiervoor was dat hij lid was van Jehova's getuigen, een religieuze groep die het pacifisme voorstaat. Het EHRM oordeelde dat er geen reden was om personen de toegang tot het beroep te ontzeggen wanneer hun strafrechtelijke veroordeling niets te maken had met een kwestie van betrouwbaarheid of eerlijkheid. De overheid had klager gediscrimineerd door niet te voorzien in een uitzondering op de regel voor dergelijke situaties, in schending van het recht om zijn godsdienst tot uiting te brengen (volgens artikel 9 van het EVRM) in samenhang met het verbod op discriminatie.

Voorbeeld: in een zaak voor het orgaan voor de bevordering van gelijke behandeling in Cyprus had klager, die een visuele handicap had, deelgenomen aan een examen om ambtenaar te worden.[51] Hij had meer tijd gevraagd om het examen af te leggen en kreeg 30 minuten extra, maar die werd afgetrokken van de pauze waar iedereen recht op had. Het orgaan voor de bevordering van gelijke behandeling stelde vast dat er geen standaardprocedure bestond voor examens wanneer redelijke voorzieningen gemaakt moesten worden voor kandidaten met speciale behoeften, en dat, gezien de feiten, niet voldoende actie werd ondernomen om ervoor te zorgen dat hij op een eerlijke manier kon meedingen. Het orgaan voor de bevordering van gelijke behandeling adviseerde de staat een team van deskundigen samen te stellen om, als onderdeel van een standaardprocedure, op individuele basis de gevallen te beoordelen die redelijke voorzieningen nodig hebben.

Voorbeeld: een persoon in een rolstoel legde bij een Franse rechtbank een klacht neer tegen het ministerie van onderwijs omdat hij een bepaalde baan niet kreeg.[52] Zijn sollicitatie eindigde op de derde plaats in een lijst met kandidaten. Nadat de eerste twee kandidaten de baan weigerden, werd ze aangeboden aan de vierde kandidaat in plaats van aan hem. Hij kreeg in plaats daarvan een baan aangeboden op een ander ministerie, waar voorzieningen waren voor rolstoelgebruikers. De staat verdedigde haar beslissing door te verklaren dat het niet in het openbaar belang was geld te investeren in aanpassingen aan

51 Orgaan voor de bevordering van gelijke behandeling (Cyprus), ref. A.K.I. 37/2008, 8 oktober 2008. Engelse samenvatting beschikbaar op het Europese Netwerk van juridische deskundigen inzake antidiscriminatie, 8 (juli 2009) *European Anti-Discrimination Law Review*, blz. 43.

52 Administratieve rechtbank Rouen (Frankrijk), *Boutheiller v. Ministère de l'éducation,* beslissing nr. 0500526-3, 24 juni 2008. Engelse samenvatting beschikbaar op het Europese Netwerk van juridische deskundigen inzake antidiscriminatie, 8 (juli 2009) *European Anti-Discrimination Law Review*, blz. 45.

het gebouw om haar plicht inzake redelijke voorzieningen te vervullen. Het hof oordeelde dat het ministerie van onderwijs haar plicht inzake redelijke voorzieningen voor personen met een handicap niet was nagekomen en dat die plicht niet kon worden afgezwakt door beleidsoverwegingen.

De term 'speciale maatregelen' wordt soms gebruikt voor situaties waarbij een verschillende behandeling plaatsvindt die personen bevoordeeld (in plaats van benadeeld) in verband met de beschermingsgronden. Bijvoorbeeld een vrouw die wordt gekozen in plaats van een man voor een bepaalde baan, omdat ze een vrouw is en de werkgever de ondervertegenwoordiging van vrouwen bij zijn personeel wil aanpakken. De gebruikte terminologie om dit te omschrijven varieert sterk, bv. 'positieve' of 'omgekeerde' discriminatie, 'voorkeursbehandeling' of 'tijdelijke speciale maatregel'.[53] Dit duidt op de algemeen aanvaarde werking als uitzonderlijk middel op de korte termijn om vooroordelen aan te pakken tegen personen die anders gediscrimineerd zouden worden, en om rolmodellen te creëren die anderen met hetzelfde kenmerk kunnen inspireren.

De toelaatbaarheid van positieve maatregelen ten gunste van benadeelde groepen wordt verder versterkt door richtsnoeren die werden opgesteld door verschillende toezichtorganen die verantwoordelijk zijn voor de uitlegging van de VN-mensenrechtenverdragen. Die organen hebben benadrukt dat zulke maatregelen tijdelijk van aard moeten zijn en dat hun duur en reikwijdte beperkt moet zijn tot wat nodig is om de ongelijkheid in kwestie aan te pakken.[54] Om toelaatbaar te zijn, mogen zulke maatregelen volgens de Commissie voor de uitbanning van rassendiscriminatie van de VN alleen het opheffen van bestaande ongelijkheden en de preventie van toekomstige wanverhoudingen als doel hebben.[55] Het VN-Comité voor de uitbanning van discriminatie van vrouwen verklaarde ook dat het bij zulke

53 Bijvoorbeeld de Commissie voor de uitbanning van rassendiscriminatie van de VN, 'General Recommendation No. 32: The Meaning and Scope of Special Measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination' VN-doc. CERD/C/GC/32, 24 september 2009; Comité inzake economische, sociale en culturele rechten van de VN, 'General Comment 13: The Right to Education' VN-doc. E/C.12/1999/10, 8 december 1999; het VN-Comité voor de uitbanning van discriminatie van vrouwen, 'General Recommendation No. 25: Article 4, para. 1, of the Convention (temporary special measures)' VN-doc. A/59/38(SUPP), 18 maart 2004; Comité voor de rechten van de mens van de VN, 'General Comment No. 18: Non-Discrimination' VN-doc. A/45/40(Vol.I.)(SUPP), 10 november 1989; Commissie voor de uitbanning van rassendiscriminatie van de VN, 'General Recommendation 30 on Discrimination against Non-Citizens' VN-doc. HRI/GEN/1/Rev.7/Add.1, 4 mei 2005.

54 *Ibid.*

55 VN-Comité voor de uitbanning van rassendiscriminatie, 'General Recommendation 32: The Meaning and Scope of Special Measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination', VN-doc. CERD/C/GC/32, 24 september 2009, para. 21-26.

'tijdelijke speciale maatregelen' kan gaan om 'voorkeursbehandeling; doelgericht werven, in dienst nemen en bevorderen; numerieke doelstellingen verbonden met een deadline; en quotasystemen'.[56] Volgens de jurisprudentie van het EHvJ dat hieronder wordt besproken, zal de proportionaliteit van zulke maatregelen strikt worden gemeten.

Rechtbanken behandelen discriminatie in deze context meestal niet als een specifieke vorm van discriminatie, maar als een uitzondering op het verbod van discriminatie. Met andere woorden, zij aanvaarden dat een verschil in behandeling heeft plaatsgevonden, maar dat die gerechtvaardigd is om een bestaand nadeel te corrigeren, zoals de ondervertegenwoordiging van bepaalde groepen op het werk.

Deze rechtvaardiging voor een verschillende behandeling werd soms door staten naar voren gebracht. Ze kan uit twee invalshoeken worden bekeken. Vanuit het standpunt van de begunstigde wordt een meer gunstige behandeling toegekend op grond van een beschermd kenmerk, vergeleken met iemand in een soortgelijke situatie. Vanuit het standpunt van het slachtoffer wordt de minder gunstige behandeling toegekend omdat hij of zij een bepaald beschermd kenmerk niet bezit. Typische voorbeelden zijn het voorbehouden van een baan voor vrouwen in een door mannen gedomineerde omgeving of etnische minderheden in openbare functies, zoals de politie, om een betere weerspiegeling van de samenleving te bewerkstelligen. Dit wordt soms bestempeld als 'omgekeerde' discriminatie omdat de discriminerende behandeling ontstaat om een persoon te bevoordelen die anders een minder gunstige behandeling zou krijgen op grond van vroegere sociale tendensen. Soms wordt de term 'positieve' actie gebruikt omdat de actie specifiek wordt ondernomen om nadelen uit het verleden te corrigeren door de deelname van traditioneel benadeelde groepen te bevorderen; op die manier ligt er een welwillend doel aan ten grondslag in plaats van een vooroordeel tegen bepaalde groepen.

Het concept komt weinig voor in de jurisprudentie van het EHRM, maar heeft in het EU-recht al meer aandacht gekregen bij de behandeling door het EHvJ van zaken over werkgelegenheid. Specifieke maatregelen komen voor als rechtvaardigingsgrond in de antidiscriminatierichtlijnen en in de jurisprudentie van het EHvJ, maar ook binnen de specifieke rechtvaardigingsgrond van 'wezenlijke beroepsvereiste', zoals later wordt besproken in paragraaf 2.6.4.1.

56 VN-Comité voor de uitbanning van discriminatie van vrouwen, 'General Recommendation 25: Article 4 (1) of the Convention (temporary special measures)', VN-doc. A/59/38(SUPP), 18 maart 2004, para. 22.

De voornaamste zaken bij het EHvJ met betrekking tot speciale maatregelen betroffen de gelijkheid tussen mannen en vrouwen; namelijk de zaak *Kalanke*[57], de zaak *Marschall*[58] en de zaak *Abrahamsson*[59]. Samen hebben deze zaken bepaald hoe ver speciale maatregelen mogen gaan om nadelen uit het verleden te corrigeren, in deze gevallen nadelen die jarenlang werden geleden door vrouwen.

Voorbeeld: in de zaak *Kalanke* hanteerde het EHvJ een strikte benadering bij het erkennen van een voorkeursbehandeling om de ondervertegenwoordiging van vrouwen te corrigeren voor bepaalde functies. De zaak ging over regelgeving die op regionaal niveau werd ingevoerd en die automatisch prioriteit toekende aan vrouwelijke kandidaten die solliciteerden voor banen of promoties. Wanneer mannelijke en vrouwelijke kandidaten even gekwalificeerd waren en vrouwelijke werknemers ondervertegenwoordigd in de sector, moesten vrouwelijke kandidaten de voorkeur krijgen. Er was sprake van ondervertegenwoordiging wanneer vrouwelijke werknemers minder dan de helft van het personeel uitmaakte in de positie in kwestie. In deze zaak wendde een afgewezen kandidaat, de heer Kalanke, zich tot de nationale rechterlijke instanties wegens discriminatie op grond van geslacht. De nationale rechterlijke instantie verwees de zaak naar het EHvJ met de vraag of deze regel in overeenstemming was met artikel 2, lid 4, van de richtlijn betreffende gelijke behandeling uit 1976 (de voorloper van artikel 3 van de richtlijn betreffende gelijkheid van mannen en vrouwen over 'positieve actie'), waarin staat: 'Deze richtlijn vormt geen belemmering voor maatregelen die beogen te bevorderen dat mannen en vrouwen gelijke kansen krijgen, in het bijzonder door feitelijke ongelijkheden op te heffen welke de kansen van […] vrouwen […] nadelig beïnvloeden'.[60]

Het EHvJ stelde dat artikel 2, lid 4, was bedoeld om maatregelen toe te staan die, 'hoewel schijnbaar discriminerend, in werkelijkheid de in de realiteit van het maatschappelijk leven bestaande feitelijke ongelijkheden beogen op te heffen of te verminderen'.[61] Het werd aanvaard dat de regeling het legitieme doel nastreefde om ongelijkheden op de werkvloer op te heffen.

57 EHvJ, *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*, zaak C-450/93 [1995] Jurispr. I-3051, 17 oktober 1995.

58 EHvJ, *Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen*, zaak C-409/95 [1997] Jurispr. I-6363, 11 november 1997.

59 EHvJ, *Abrahamsson en Leif Anderson v. Elisabet Fogelqvist*, zaak C-407/98 [2000] Jurispr. I-5539, 6 juli 2000.

60 Richtlijn inzake gelijke behandeling 76/207/EEG, PB L 39 van 14 februari 1976, blz. 40.

61 Deze formulering werd grotendeels overgenomen in de preambules van de antidiscriminatierichtlijnen: para. 21 van de richtlijn betreffende gelijkheid van mannen en vrouwen (herschikking); para,26 van de richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep; para. 17 van de richtlijn rassengelijkheid.

Dienovereenkomstig zijn maatregelen die vrouwen een specifiek voordeel geven op de werkvloer, zoals promotie, aanvaardbaar op voorwaarde dat die worden ingevoerd om vrouwen beter in staat te stellen op de arbeidsmarkt te concurreren met anderen zonder dergelijke discriminatie.

Er werd ook gesteld dat een uitzondering op het recht op gelijke behandeling strikt moest worden uitgelegd. Een regeling die 'vrouwen bij aanstellingen of promoties absoluut en onvoorwaardelijk voorrang' verleent, zou in feite disproportioneel zijn voor het behalen van het doel van het wegwerken van ongelijkheid in verhouding tot het recht op gelijke behandeling. De voorkeursbehandeling kon in dit geval dan ook niet worden gerechtvaardigd.

Desalniettemin is in latere zaken aangegeven dat specifieke maatregelen aanvaardbaar kunnen zijn zolang de regeling geen automatische en onvoorwaardelijke prioriteit toekent.

Voorbeeld: in de zaak *Marschall* stond wetgeving ter discussie die veel gelijkenissen vertoonde met die in de zaak *Kalanke*. De regelgeving in kwestie bepaalde dat gelijkwaardig gekwalificeerde vrouwen prioriteit moesten krijgen 'voor zover met de persoon van een mannelijke kandidaat verband houdende redenen de balans niet in diens voordeel doen doorslaan'. De heer Marschall werd geweigerd voor een functie ten voordele van een vrouwelijke kandidaat en vocht de wettelijkheid van deze regel aan bij de nationale rechterlijke instanties, die de zaak verwezen naar het EHvJ met de vraag of de regeling in overeenstemming was met de richtlijn inzake gelijke behandeling. Het EHvJ oordeelde dat een regel van deze aard niet onevenredig was met de legitieme doelstelling om ongelijkheid te bestrijden zolang 'de regeling mannelijke kandidaten met gelijke kwalificaties als vrouwelijke kandidaten in elk individueel geval waarborgt, dat de sollicitaties worden onderworpen aan een objectieve beoordeling, die rekening houdt met alle criteria betreffende de persoon van de kandidaten en de aan vrouwelijke kandidaten toegekende voorrang buiten toepassing laat, wanneer één of meer van die criteria de balans in het voordeel van de mannelijke kandidaat doen doorslaan'. Met andere woorden, de vrijheid die was ingebouwd in de regeling leidde ertoe dat de prioriteit niet absoluut was en dus evenredig met het doel om ongelijkheid op het werk te bestrijden.

Voorbeeld: de zaak *Abrahamsson* betrof de geldigheid van Zweedse wetgeving en bevond zich in het midden tussen de onvoorwaardelijke prioriteit van de

zaak *Kalanke* en de vrijheid van beslissing in de zaak *Marschall*. De regeling bepaalde dat een kandidaat van een ondervertegenwoordigd geslacht die voldoende kwalificaties had om de functie uit te oefenen prioriteit moest krijgen, tenzij, 'het verschil tussen de kwalificaties van de kandidaten zo groot is, dat dit in strijd zou zijn met het vereiste van objectiviteit'. Het EHvJ oordeelde dat de wetgeving in feite automatisch kandidaten van het ondervertegenwoordigde geslacht prioriteit toekende. Het feit dat de bepaling dit alleen voorkwam wanneer er een significant verschil was in kwalificaties, was niet voldoende om te voorkomen dat de gevolgen van de regeling onevenredig waren.

Deze gevallen laten zien dat het EHvJ doorgaans voorzichtig is in zijn benadering van het toestaan van specifieke maatregelen voor het opheffen van het beginsel van redelijkheid. Alleen in beperkte omstandigheden waar de specifieke maatregelen niet onvoorwaardelijk en absoluut zijn, zal het EHvJ bevestigen dat de nationale regelgeving binnen de uitzondering van artikel 2, lid 4, valt.

Wanneer rechtsbeoefenaars te maken krijgen met een probleem over specifieke maatregelen op grond van de EU-antidiscriminatierichtlijnen, moeten zij speciale aandacht besteden aan de 'actie' die is ingesteld ter bevoordeling van een bepaalde groep personen. Het moge duidelijk zijn, zoals aangetoond door bovenstaande uitspraken van het EHvJ, dat specifieke maatregelen slechts een laatste middel mogen zijn. Advocaten, procureurs en rechterlijke macht moeten bij de behandeling van zaken over specifieke maatregelen verzekeren dat alle kandidaten die door de desbetreffende werkgever in overweging worden genomen, ook degenen die geen doelgroep zijn van de speciale maatregel, op een objectieve en eerlijke manier werden beoordeeld voor de functie in kwestie. Speciale maatregelen mogen alleen worden aangewend wanneer uit een objectieve beoordeling is gebleken dat een aantal kandidaten, waaronder personen uit de doelgroep, even geschikt zijn om de openstaande functie in te vullen. Alleen in die omstandigheden kan iemand die behoort tot een bepaalde doelgroep die is bepaald vanwege discriminatie op het werk in het verleden, worden verkozen boven een persoon die buiten de doelgroep valt.

Het EHRM heeft nog niet de gelegenheid gehad gevallen van speciale maatregelen grondig te analyseren, maar de kwestie werd in enkele zaken reeds in overweging genomen.

Voorbeeld: in de zaak *Wintersberger v. Oostenrijk*[62] besliste het EHRM over de ontvankelijkheid van een klacht. Verzoeker, die een handicap had, werd ontslagen door de staat. Volgens de nationale wetgeving genieten personen met een handicap speciale bescherming tegen ontslag, omdat voorafgaande toestemming voor het ontslag moet worden verkregen van een speciaal comité. Indien de werkgever niet op de hoogte was van de handicap, kan die goedkeuring ook retroactief worden gegeven. Een dergelijke goedkeuring was niet nodig voor personen zonder handicap. Verzoeker voerde aan dat het feit dat de goedkeuring retroactief kon worden afgegeven voor personen met een handicap, maar niet voor personen zonder handicap, een vorm van discriminatie was. Het EHRM oordeelde dat deze bepaling feitelijk bestond ten voordele van personen met een handicap en daarom gerechtvaardigd was als voorbeeld van omgekeerde discriminatie. De klacht werd dan ook niet-ontvankelijk verklaard.

Belangrijkste punten

- Discriminatie is een situatie waarbij een persoon op een bepaalde manier benadeeld wordt wegens een 'beschermd kenmerk'.
- Discriminatie kent verschillende vormen: directe discriminatie, indirecte discriminatie, intimidatie en opdracht tot discrimineren.
- Directe discriminatie wordt gekenmerkt door een verschil in behandeling: er moet worden aangetoond dat het kennelijke slachtoffer minder gunstig werd behandeld omdat hij/zij een kenmerk bezit waarvoor een 'beschermingsgrond' geldt.
- Een minder gunstige behandeling wordt vastgesteld door een vergelijking te maken tussen het kennelijke slachtoffer en een andere persoon in een soortgelijke situatie die het beschermde kenmerk niet bezit.
- Het kan zijn dat de 'beschermingsgrond' niet de expliciete reden is voor het verschil in behandeling. Het volstaat dat de expliciete reden onlosmakelijk verbonden is met de 'beschermingsgrond'.
- Het EHvJ en de nationale rechterlijke instanties hebben het begrip associatieve discriminatie aanvaard, waarbij personen minder gunstig worden behandeld omdat zij worden geassocieerd met andere personen die 'beschermde kenmerken' bezit.
- Intimidatie, hoewel afzonderlijk behandeld in het EU-recht, is een specifieke uiting van directe discriminatie.
- Indirecte discriminatie wordt gekenmerkt door een verschil in gevolgen of effecten: het moet worden aangetoond dat een groep wordt benadeeld door een beslissing in vergelijking met een andere groep.

62 EHRM, *Wintersberger v. Oostenrijk* (dec.) (nr. 57448/00), 27 mei 2003.

- Voor het bewijzen van indirecte discriminatie moet een persoon aantonen dat degenen die een beschermd kenmerk als groep bezitten, onderhevig zijn aan een verschil in effecten of gevolgen in vergelijking met wie de eigenschap niet bezit.
- Teneinde ervoor te zorgen dat iedereen dezelfde rechten kan genieten, kan het nodig zijn dat overheden, werkgevers en dienstverleners speciale of specifieke maatregelen nemen om hun regelingen en handelswijzen aan te passen aan personen met een verschil in kenmerken.
- De begrippen 'speciale maatregelen' en 'specifieke maatregelen' omvatten het corrigeren van nadelen uit het verleden waarmee personen met een beschermd kenmerk werden geconfronteerd. In gevallen waarin dit als evenredig is beschouwd, kan sprake zijn van een rechtvaardigingsgrond voor discriminatie.

2.6. Rechtvaardigingsgronden voor minder gunstige behandeling in het Europese non-discriminatierecht

2.6.1. Inleiding

In bepaalde omstandigheden oordelen rechtbanken dat een verschil in behandeling heeft plaatsgevonden, maar dat dit aanvaardbaar is. De benaderingswijze met betrekking tot rechtvaardigingsgronden is in de regelgeving van de EU niet geheel dezelfde als in de jurisprudentie van het EHRM, maar in wezen komen ze overeen.

Binnen het Europese non-discriminatierecht kan een rechtvaardigingsgrond in algemene termen of in meer beperkte specifieke termen worden verwoord. Het EHRM werkt met een algemeen verwoorde rechtvaardigingsgrond, zowel bij directe als indirecte discriminatie. Het EU-recht voorziet daarentegen slechts in specifiek beperkte rechtvaardigingsgronden voor directe discriminatie en algemene rechtvaardigingsgronden uitsluitend in de context van indirecte discriminatie. Met andere woorden, volgens de antidiscriminatierichtlijnen kan directe discriminatie alleen gerechtvaardigd zijn wanneer gericht op het verwezenlijken van doelstellingen die uitdrukkelijk in die richtlijnen zijn opgenomen.

De specifieke rechtvaardigingsgronden in de antidiscriminatierichtlijnen hebben betrekking op discriminatie in de context van arbeid; directe discriminatie is niet toegestaan in de context van toegang tot goederen en diensten. Deze specifieke rechtvaardigingsgronden kunnen in de bredere context van de algemene door het

EHRM erkende rechtvaardigingsgrond worden geplaatst; ze komen overeen met de algemene rechtvaardigingsgrond van de jurisprudentie. Het komt erop neer dat specifieke rechtvaardigingsgronden in de antidiscriminatierichtlijnen bijzondere uitingen zijn van de algemene rechtvaardigingsgrond en worden geconcretiseerd en aangepast voor het specifieke terrein van de arbeid.

2.6.2. Uitsplitsing van de algemene rechtvaardigingsgrond

Voor het rechtvaardigen van een verschil in behandeling moet worden aangetoond dat:

- de desbetreffende regeling of handelswijze een legitiem doel nastreeft;
- de gekozen middelen voor het bereiken van dat doel (i.e. de maatregel die heeft geleid tot het verschil in behandeling) evenredig zijn en noodzakelijk om dat doel te bereiken.

Voor het bepalen of het verschil in behandeling evenredig is, moet de rechterlijke instantie ervan overtuigd zijn dat:

- er geen andere middelen zijn om de doelstelling te verwezenlijken die in mindere mate indruisen tegen het recht op gelijke behandeling. Met andere woorden, dat het geleden nadeel het kleinst mogelijke is om het doel te bereiken;
- de te bereiken doelstelling zwaarwegend genoeg is om dit niveau van inbreuk te rechtvaardigen.

Zoals reeds opgemerkt, kan de algemene rechtvaardigingsgrond in het EVRM zowel bij directe als indirecte discriminatie worden gebruikt, maar alleen bij indirecte discriminatie in het EU-recht. Volgens het EHRM:

> *'is een verschil in de behandeling van personen in op relevante punten soortgelijke situaties … discriminerend indien daarvoor geen objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat; met andere woorden indien er geen legitiem doel wordt nagestreefd of indien er geen sprake is van een redelijke verhouding tussen de gebruikte middelen en de doelstelling die men tracht te verwezenlijken.'*[63]

Soortgelijke bewoordingen worden gebruikt in de antidiscriminatierichtlijnen van de EU met betrekking tot indirecte discriminatie. Volgens de richtlijn rassengelijkheid is er sprake van:

> *'indirecte discriminatie, wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen van een bepaald ras of een bepaalde etnische afstamming in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd*

63 EHRM, *Burden v. VK* [GC] (nr. 13378/05), 29 april 2008, para. 60.

door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.'[64]

In de bewoordingen van het EHRM en de antidiscriminatierichtlijnen is dit strikt genomen geen rechtvaardigingsgrond voor discriminatie als zodanig, maar eerder een rechtvaardiging voor een verschil in behandeling waardoor discriminatie wordt voorkomen. Inhoudelijk, zo niet naar de vorm, behandelen rechtbankenzaken van rechtvaardiging als rechtvaardigingsgronden voor discriminatie.

Voorbeeld: het EHvJ gaf een grondige analyse van objectieve rechtvaardiging in de zaak *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Weber Von Hartz*.[65] In deze zaak klaagden deeltijdwerknemers, die werden uitgesloten van het bedrijfspensioenstelsel van Bilka (een warenhuis) dat dit een vorm van indirecte discriminatie was ten aanzien van vrouwen, omdat de grote meerderheid van deeltijdwerknemers uit vrouwen bestond. Het EHvJ oordeelde dat dit een geval van indirecte discriminatie zou kunnen opleveren, tenzij het verschil in toekenning kon worden gerechtvaardigd. Voor rechtvaardiging zou moeten worden aangetoond dat: 'de ... door Bilka gekozen middelen aan een werkelijke behoefte van de onderneming beantwoorden, geschikt zijn om het door haar beoogde doel te bereiken en daarvoor ook noodzakelijk zijn'.

Bilka argumenteerde dat het verschil in behandeling tot doel had deeltijdwerk te ontmoedigen en voltijdwerk te bevorderen, omdat deeltijdwerknemers minder vaak avond- of zaterdagwerk wilden verrichten, waardoor het moeilijker is in voldoende personeel te voorzien. Het EHvJ oordeelde dat dit een legitiem doel kon zijn. Het antwoordde echter niet op de vraag of het uitsluiten van deeltijdse werknemers uit het pensioenstelsel in verhouding staat tot dat doel. De eis dat de genomen maatregelen 'noodzakelijk' zijn, impliceert dat moet worden aangetoond dat er geen redelijk alternatief bestaat dat in mindere mate indruist tegen het beginsel van gelijke behandeling. De toepassing van de wet op de feiten in deze zaak werd overgelaten aan de nationale rechterlijke instantie.

64 Artikel 2, lid 2, onder b, richtlijn rassengelijkheid; artikel 2, lid 2, onder b, richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep; artikel 2, onder b, richtlijn inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot goederen en diensten; artikel 2, lid 1, onder b, richtlijn betreffende gelijkheid van mannen en vrouwen (herschikking).

65 EHvJ, *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Weber Von Hartz*, zaak 170/84 [1986] Jurispr. 1607, 13 mei 1986.

2.6.3. Toepassing van de algemene rechtvaardigingsgrond

In de context van arbeid is het EHvJ terughoudend met het aanvaarden van een verschil in behandeling om redenen van beheer in verband met de economische verantwoordelijkheden van werkgevers, terwijl het vaker bereid is een verschil in behandeling te aanvaarden in verband met de bredere doelstellingen van sociaal beleid en werkgelegenheidsbeleid met fiscale gevolgen. Wanneer die laatste overwegingen een rol spelen, laat het EHvJ de staten een brede 'beoordelingsmarge'. In het kader van het EVRM is het EHRM minder geneigd een verschil in behandeling te aanvaarden wanneer dit raakt aan de kern van de persoonlijke waardigheid, zoals discriminatie op grond van ras of etnische afkomst, woonplaats, privé- of gezinsleven, en meer geneigd een verschil in behandeling te aanvaarden wanneer dit te maken heeft met bredere sociale overwegingen, vooral wanneer die fiscale gevolgen hebben. Het EHRM gebruikt de term 'beoordelingsmarge', die verwijst naar de beslissingsruimte van een staat bij het bepalen of een verschil in behandeling gerechtvaardigd is. Waar die marge als 'strikt' wordt beschouwd zal het EHRM de rechtvaardigingsgronden grondig onderzoeken.

2.6.4. Specifieke rechtvaardigingsgronden in het EU-recht

Zoals hierboven uiteengezet, voorzien de antidiscriminatierichtlijnen in een aantal rechtvaardigingsgronden die een verschil in behandeling kunnen rechtvaardigen in een beperkt aantal omstandigheden. De 'rechtvaardigingsgrond op grond van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste' is aanwezig in elk van de richtlijnen (behalve de richtlijn inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot goederen en diensten, aangezien die niet arbeidsgerelateerd is); deze eis geeft werkgevers de mogelijkheid personen verschillend te behandelen in verband met een beschermingsgrond wanneer die grond inherent verband houdt met de mogelijkheid een bepaalde baan uit te oefenen of met de verplichte kwalificaties voor een baan.[66] De andere twee rechtvaardigingsgronden zijn alleen terug te vinden in de richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep: ten eerste, de toelaatbaarheid van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging door werkgevers van organisaties waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd;[67] ten

66 Artikel 14, lid 2, richtlijn betreffende gelijkheid van mannen en vrouwen (herschikking); artikel 4, richtlijn rassengelijkheid; artikel 4, lid 1, richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep.

67 Artikel 4, lid 2, richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep.

tweede, de toelaatbaarheid van discriminatie op grond van leeftijd onder bepaalde omstandigheden.[68] De strikte benadering van het EHvJ bij de interpretatie van rechtvaardigingsgronden voor een verschil in behandeling, wijst erop dat mogelijke uitzonderingen eng worden geïnterpreteerd, omdat het Hof de nadruk legt op het belang van de rechten die in het EU-recht aan personen worden toegekend. [69]

2.6.4.1. Wezenlijke en bepalende beroepsvereiste

Volgens de antidiscriminatierichtlijnen, in zoverre daarin het terrein van de arbeid aan de orde komt:

> *'kunnen de lidstaten bepalen dat een verschil in behandeling dat op een kenmerk in verband met een rechtvaardigingsgrond berust, geen discriminatie vormt, indien een dergelijk kenmerk, vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is.'*[70]

Deze rechtvaardigingsgrond stelt werkgevers in staat personen verschillend te behandelen op grond van een beschermd kenmerk, als dat kenmerk direct verband houdt met de geschiktheid of competentie voor het uitvoeren van taken voor een bepaalde functie.

Een aantal uitvoerig beschreven beroepen valt onder de uitzondering van wezenlijke en bepalende beroepsvereiste: in *Commissie v. Duitsland* gaf het EHvJ, verwijzend naar een onderzoek van de Commissie over het toepassingsgebied van de uitzondering in verband met discriminatie op grond van geslacht, bepaalde beroepen aan waarbij de rechtvaardigingsgrond wellicht van toepassing was.[71] Er werd bijzondere aandacht besteed aan artistieke beroepen waarvoor bepaalde kenmerken gevraagd worden die inherent zijn aan personen, zoals de vraag naar een vrouwelijke zanger omdat dat binnen de muziekstijl valt, een jonge acteur om een bepaalde rol te spelen, een fysiek gezonde persoon voor het dansen of mannen of vrouwen voor specifiek modellenwerk. Dit was evenwel geen poging een

68 Artikel 6, richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep.

69 Zie bv. EHvJ, *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, zaak 222/84 [1986] Jurispr. 1651, 15 mei 1986, para.t 36.

70 Artikel 14, lid 2, richtlijn betreffende gelijkheid van mannen en vrouwen (herschikking); artikel 4, richtlijn rassengelijkheid; artikel 4, lid 1, richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep.

71 EHvJ, *Commissie v. Duitsland*, zaak 248/83 [1985] Jurispr. 1459, 21 mei 1985.

uitputtende lijst op te stellen. Andere voorbeelden zijn het aanwerven van iemand met een Chinese achtergrond in een Chinees restaurant om de authenticiteit te waarborgen of het in dienst nemen van vrouwen in een fitnessclub voor vrouwen.

Voorbeeld: in de zaak *Commissie v. Frankrijk* oordeelde het EHvJ dat het in bepaalde omstandigheden niet onrechtmatig is om posities hoofdzakelijk voor te behouden aan mannelijke kandidaten in mannengevangenissen en voor vrouwelijke kandidaten in vrouwengevangenissen.[72] Deze uitzondering kon echter alleen worden ingeroepen voor functies met activiteiten waarbij het geslacht een relevante rol speelt. In dit geval wilden de Franse autoriteiten een percentage van de functies reserveren voor mannelijke kandidaten omdat het zou kunnen dat geweld moest worden gebruikt om potentiële herrieschoppers af te schrikken, in samenhang met andere taken die alleen door mannen konden worden uitgevoerd. Hoewel het EHvJ de argumenten in beginsel aanvaardde, hadden de Franse autoriteiten niet voldaan aan de eis voor transparantie met betrekking tot specifieke activiteiten die door mannelijke kandidaten moesten worden uitgevoerd; generalisaties van geschiktheid op grond van geslacht zijn niet voldoende.

Voorbeeld: in de zaak *Johnston* klaagde een vrouwelijke politieofficier uit Noord-Ierland dat haar contract niet werd verlengd. De politiechef rechtvaardigde dit op grond van het feit dat vrouwelijke officieren niet waren opgeleid om met vuurwapens om te gaan en dat dit zo was omdat ‘in een situatie die wordt gekenmerkt door ernstige binnenlandse onlusten, het dragen van vuurwapens door vrouwelijke agenten voor hen een extra risico van moordaanslagen kan meebrengen, en dus in strijd kan zijn met de eisen van de openbare veiligheid’. Hoewel de veiligheidsdreiging in aanmerking moest worden genomen, oordeelde het EHvJ dat die dreiging even groot was voor mannen als voor vrouwen en dat vrouwen geen groter risico liepen. Tenzij de rechtvaardiging betrekking had op biologische factoren die eigen zijn aan vrouwen, zoals de bescherming van een kind tijdens de zwangerschap, kon een verschil in behandeling niet worden gerechtvaardigd op grond van het feit dat de publieke opinie eist dat vrouwen worden beschermd.

Voorbeeld: in de zaak *Mahlberg* betrof het een vrouw, die zwanger was en werd geweigerd voor een permanente functie als verpleegster waarbij

72 EHvJ, *Commissie v. Frankrijk*, zaak 318/86 [1988] Jurispr. 3559, 30 juni 1988.

een groot deel van het werk zou worden uitgevoerd in operatiezalen.[73] De rechtvaardiging hiervoor was dat het kind gevaar liep door de blootstelling aan schadelijke stoffen in de operatiezaal. Aangezien het om een permanente functie ging, oordeelde het EHvJ dat het onevenredig was klaagster te weigeren voor de functie, omdat haar ongeschiktheid om in de operatiezaal te werken slechts tijdelijk was. Hoewel beperkingen op de arbeidsvoorwaarden van zwangere vrouwen aanvaardbaar zijn, hadden ze moeten worden begrensd tot taken die haar schade kunnen toebrengen en mochten ze geen algemene weigering van de functie omvatten.

Overweging 18 van de preambule van de richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep bevat een meer specifieke omschrijving van het wezenlijke beroepsvereiste met betrekking tot bepaalde openbare diensten voor beveiliging en veiligheid. Dit is geen afzonderlijke rechtvaardigingsgrond op zich, maar moet worden gezien als de explicitering van één van de gevolgen van de rechtvaardigingsgrond van het wezenlijke beroepsvereiste in een bepaalde context:

> *'Deze richtlijn heeft met name niet tot gevolg dat de strijdkrachten, de politie, het gevangeniswezen of de noodhulpdiensten worden gedwongen om personen in dienst te nemen of te houden die niet de vereiste capaciteiten bezitten om alle taken te kunnen verrichten die zij wellicht zullen moeten vervullen met het oog op de legitieme doelstelling van handhaving van het operationele karakter van deze diensten.'*[74]

Dit kan van toepassing zijn op een situatie waarbij bepaalde functies die fysiek zeer zwaar zijn, worden geweigerd aan personen boven een bepaalde leeftijdsgrens of personen met een handicap. In dit opzicht staat artikel 3, lid 4, van de richtlijn de lidstaten uitdrukkelijk toe de gewapende strijdkrachten vrij te stellen van de bepalingen in de richtlijn. Hoewel die bepaling niet is opgenomen in de richtlijn betreffende gelijkheid van mannen en vrouwen (herschikking), is het mogelijk een idee te krijgen hoe de bepaling zou functioneren door twee zaken te analyseren die te maken hebben met discriminatie op grond van geslacht en de gewapende strijdkrachten. Deze zaken werden in overweging genomen onder artikel 2, lid 2, van de richtlijn inzake gelijke behandeling, die de rechtvaardigingsgrond 'wezenlijke en bepalende beroepsvereiste' bevat, thans terug te vinden in artikel 14, lid 2, van de richtlijn betreffende gelijkheid van mannen en vrouwen (herschikking).

73 EHvJ, *Mahlburg v. Land Mecklenburg-Vorpommern*, zaak C-207/98 [2000] Jurispr. I-549, 3 februari 2000.

74 Richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep 2000/78/EG, PB L 303 van 2 december 2000, blz. 16.

Voorbeeld: in de zaak *Sirdar* werkte verzoekster als kok van een commando-eenheid. Ze werd ontslaan na besparingen in de militaire uitgaven waarbij het principe van 'interoperabiliteit' werd ingevoerd voor commando-eenheden.[75] 'Interoperabiliteit' hield in dat elke persoon in staat moest zijn een gevechtsfunctie uit te oefenen gezien het tekort aan mankracht. Het EHvJ aanvaardde dat commando-eenheden met uitsluitend mannen gerechtvaardigd waren om de slagkracht te waarborgen en dat het principe van interoperabiliteit daarbij vrouwen uitsloot. De reden hiervoor was dat de commando's een kleine, gespecialiseerde eenheid waren die doorgaans in de eerste aanvalsgolf werden ingezet. Het EHvJ oordeelde dat de regeling nodig was om de doelstelling van slagkracht te verwezenlijken.

Voorbeeld: in de zaak *Kreil* solliciteerde verzoekster voor een baan als elektrisch ingenieur bij de gewapende strijdkrachten.[76] Ze kreeg echter de baan niet omdat vrouwen geen toegang hebben tot militaire functies waarbij vuurwapens worden gebruikt en alleen mochten deelnemen aan de medische en muzikale diensten van de strijdkrachten. Het EHvJ oordeelde dat deze uitsluiting te ver ging, omdat ze van toepassing was op bijna alle militaire functies, slechts omdat vrouwen in die functies op een gegeven moment misschien wapens zouden moeten gebruiken. Een mogelijke rechtvaardiging dient nauwer verband te houden met de activiteiten die doorgaans in bepaalde functies worden uitgeoefend. De houdbaarheid van de rechtvaardiging door de overheid werd ook betwijfeld, omdat voor de functies die openstonden voor vrouwen evenwel een basale wapentraining moest worden gevolgd voor zelfverdediging of de verdediging van anderen. De maatregel was daarom niet evenredig met het beoogde doel. Bovendien mag geen onderscheid worden gemaakt tussen mannen en vrouwen op grond van het feit dat vrouwen meer bescherming nodig zouden hebben, tenzij dat onderscheid betrekking heeft op factoren die specifiek zijn voor vrouwen, zoals de behoefte aan bescherming tijdens zwangerschap.

De mogelijkheid discriminatie op grond van geslacht te rechtvaardigen door te verwijzen naar de doeltreffendheid of efficiëntie van bepaalde veiligheids- of nooddiensten zal in de toekomst waarschijnlijk nog lastiger worden naarmate seksegebonden rollenpatronen en attitudes verder evolueren,

75 EHvJ, *Sirdar v. The Army Board en Secretary of State for Defence*, zaak C-273/97 [1999] Jurispr. I-7403, 26 oktober 1999.

76 EHvJ, *Kreil v. Bondsrepubliek Duitsland*, zaak C-285/98 [2000] Jurispr. I-69, 11 januari 2000.

en de lidstaten de verplichting hebben regelmatig eventuele uitzonderingen in dit kader te heroverwegen.[77]

2.6.4.2. Religieuze instellingen

De richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep staat organisaties waaraan een 'godsdienst' of 'overtuiging' aan ten grondslag ligt expliciet toe bepaalde voorwaarden aan werknemers op te leggen. Artikel 4, lid 2, van de richtlijn bepaalt dat de richtlijn "het recht van kerken en andere publieke of particuliere organisaties waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd" onverlet laat om "van personen die voor hen werkzaam zijn, een houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de organisatie te verlangen." Bovendien kunnen werkgevers die verbonden zijn met religieuze organisaties binnen het toepassingsgebied vallen van de rechtvaardigingsgrond van 'wezenlijke en bepalende beroepsvereiste' die een verschil in behandeling toestaat op grond van de religieuze beginselen van de organisatie in kwestie.

Artikel 4, lid 1, en artikel 4, lid 2, stellen organisaties zoals kerken in staat om, bijvoorbeeld, vrouwen te weigeren als priester, pastoor of predikant, wanneer dat indruist tegen de grondslag van die godsdienst. Hoewel het EHvJ nog niet de gelegenheid gehad zich uit te spreken over de interpretatie van deze bepaling, werd ze al op nationaal niveau toegepast. Hieronder worden twee zaken beschreven met betrekking tot het inroepen van deze rechtvaardigingsgrond om een verschil in behandeling te rechtvaardigen op grond van seksuele geaardheid.

Voorbeeld: in een zaak voor de Finse rechterlijke instanties, weigerde de evangelisch-lutherse kerk van Finland de functie van kapelaan (assistent-vicaris) toe te kennen aan een persoon die een relatie had met iemand van hetzelfde geslacht.[78] De administratieve rechtbank van Vaasa vernietigde het besluit op grond van het feit dat heteroseksueel zijn niet kon worden beschouwd als een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste voor deze functie. Er werd gewezen op het feit dat de interne regelgeving van de kerk geen melding maakte van seksuele geaardheid in het kader van de aanwerving van vicarissen en kapelaans.

77 Artikel 31, lid 3, richtlijn betreffende gelijkheid van mannen en vrouwen (herschikking).

78 Administratieve rechtbank van Vaasa (Finland), Vaasan Hallinto-oikeus - 04/0253/3. Engelse samenvatting beschikbaar op FRA InfoPortal, zaak 187-1.

Voorbeeld: in de zaak *Amicus* werd rechterlijke instanties in het Verenigd Koninkrijk verzocht te oordelen of de nationale regelgeving ter omzetting van de rechtvaardigingsgrond voor wezenlijke en bepalende beroepsvereiste in de context van religieuze werknemers in overeenstemming was met de richtlijn voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.[79] Er werd met nadruk op gewezen dat elke uitzondering op het beginsel van gelijke behandeling eng moest worden geïnterpreteerd. De bewoordingen van de nationale regelgeving lieten een verschil in behandeling toe als de arbeid 'bedoeld is voor een georganiseerde godsdienst', en er werd benadrukt dat dit veel strenger zou zijn dan 'bedoeld voor een religieuze organisatie'. Het hof ging akkoord met de voorstellen van de overheid dat deze uitzondering zou gelden voor een zeer beperkt aantal functies met betrekking tot het bevorderen of vertegenwoordigen van een godsdienst, zoals geestelijken. Dit zou religieuze organisaties, zoals confessionele scholen of religieuze verzorgingstehuizen, niet toestaan de functie van leerkracht (voor onderwijsdoeleinden) of verpleegster (voor zorgdoeleinden) te beschouwen als 'bedoeld voor een georganiseerde godsdienst'.

2.6.4.3. Uitzonderingen op grond van leeftijd

Artikel 6 van de richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep voorziet in twee afzonderlijke rechtvaardigingen van een verschil in behandeling op grond van leeftijd.

Overeenkomstig artikel 6, lid 1 is discriminatie op grond van leeftijd gerechtvaardigd als die 'legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding' tot doel heeft, op voorwaarde dat wordt voldaan aan de evenredigheidstoets. Er worden een beperkt aantal voorbeelden gegeven van gevallen waarin een verschil in behandeling is toegelaten: artikel 6, lid 1, onder b) noemt 'vaststelling van minimumvoorwaarden met betrekking tot leeftijd, beroepservaring of -anciënniteit in een functie voor toegang tot de arbeid'. Deze lijst is echter niet uitputtend bedoeld en kan dus met andere gevallen worden uitgebreid.

Overeenkomstig artikel 6, lid 2 is discriminatie op grond van leeftijd gerechtvaardigd in het kader van toegang tot en voordelen van 'ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid', zonder de behoefte aan een evenredigheidstest.

79 Hooggerechtshof (VK), *Amicus MSF Section, R (on the application of) v. Secretary of State for Trade and Industry* [2004] EWHC 860 (Admin), 26 april 2004. Engelse samenvatting beschikbaar op FRA InfoPortal, Case 187-1.

Voorbeeld: in de zaak *Palacios* kreeg het EHvJ voor het eerst de gelegenheid het toepassingsgebied van artikel 6 te beschouwen, toen werd verzocht de toepassing ervan in de context van verplichte pensioenleeftijden te bekijken.[80] Na te hebben vastgesteld dat een verplichte pensioenleeftijd onder artikel 6 valt, ging het EHvJ na of dit op een objectieve manier gerechtvaardigd kon worden. Volgens het EHvJ waren de volgende punten daarbij van belang:

- ten eerste, de oorspronkelijke maatregel werd ingevoerd om kansen te creëren op de arbeidsmarkt tegen een economische achtergrond die was gekenmerkt door hoge werkloosheid;
- ten tweede, er waren aanwijzingen dat de overgangsmaatregel werd ingesteld op aangeven van de vakbonden en werkgeversorganisaties, om het werk beter te kunnen verdelen tussen de generaties;
- ten derde, Wet 14/2005 werd opnieuw ingeroepen in samenwerking met de vakbonden en werkgeversorganisaties, deze keer met een uitdrukkelijke verplichting dat die maatregel 'verband houdt met in de collectieve overeenkomst omschreven doelstellingen die in overeenstemming zijn met het werkgelegenheidsbeleid';
- ten vierde, de clausule in de collectieve overeenkomst over de verplichte pensioenleeftijd werd omschreven als zijnde 'ter bevordering van de werkgelegenheid'.

Na deze factoren in overweging te hebben genomen, oordeelde het EHvJ: 'gezien in zijn context beoogt de ... overgangsbepaling derhalve de nationale arbeidsmarkt te reguleren, met name om de werkloosheid te bestrijden'. Op die gronden vervulde de collectieve overeenkomst volgens het EHvJ een legitiem doel. Na te hebben aanvaard dat een legitiem doel werd nagestreefd, moest het EHvJ vervolgens onderzoeken of de maatregel 'passend en noodzakelijk' is om voor het bereiken van dat doel. Het EHvJ herhaalde dat de lidstaten een brede beoordelingsmarge hebben op het gebied van sociaal beleid en werkgelegenheidsbeleid, en dat dit impliceert dat 'specifieke bepalingen [...] naargelang de situatie in de lidstaten kunnen verschillen'. Het belangrijkste was de eis dat betrokken werknemers toegang hadden tot een ouderdomspensioen 'waarvan de hoogte niet als onredelijk kon worden beschouwd'. Eveneens van invloed was het feit dat de desbetreffende bepalingen werden vastgelegd door een collectieve overeenkomst tussen vakbonden en werkgeversorganisaties, waarbij een zekere flexibiliteit in het proces werd ingebouwd zodat

80 EHvJ, *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA*, zaak C-411/05 [2007] Jurispr. I-8531, 16 oktober 2007.

bij de beslissing om met pensioen te gaan, rekening werd gehouden met de arbeidsmarkt in kwestie en de specifieke eisen voor de functie. Op grond daarvan was het EHvJ van oordeel dat de overgangsmaatregel, die van toepassing was op de heer Palacios, en de collectieve maatregel objectief gerechtvaardigd waren en zodoende in overeenstemming met het EU-recht. De benaderingswijze van het EHvJ was hierbij dat artikel 6 op dezelfde manier wordt ingeroepen zoals objectieve rechtvaardiging onder de andere gronden van bescherming tegen discriminatie, zoals hierboven besproken.

Voorbeeld: in de zaak *MacCulloch* in het Verenigd Koninkrijk werd een uitspraak gevraagd over ontslagvergoedingsstelsels met hogere ontslagvergoedingen op grond van leeftijd en anciënniteit.[81] Het logische gevolg was dat oudere werknemers met een langere staat van dienst recht hadden op een hogere ontslagvergoeding dan jongere, nieuwere personeelsleden. Het hof van beroep in het VK aanvaardde dat dit, in beginsel, objectief gerechtvaardigd kon worden als een middel om de loyaliteit van oudere werknemers te belonen, waarbij oudere personeelsleden een hogere vergoeding krijgen gezien hun kwetsbaarheid op de arbeidsmarkt, en om oudere werknemers aan te moedigen het bedrijf te verlaten om ruimte te maken voor jongere collega's. Er werden echter ook richtsnoeren meegegeven over hoe de kwestie van objectieve rechtvaardiging moest worden benaderd, waarbij werd opgemerkt dat de evenredigheid zorgvuldig in overweging moest worden genomen voordat een conclusie over objectieve rechtvaardiging kon worden getrokken.

Voorbeeld: in de zaak *Hütter* werd het EHvJ verzocht een verwijzingsverzoek met betrekking tot een Oostenrijkse wet te beantwoorden, waarbij werkervaring die werd opgedaan voor het bereiken van de leeftijd van 18 jaar niet in aanmerking kwam voor het berekenen van het loon. Hütter en een collega waren beiden stagiairs voor de TUG, die hen een contract van drie maanden aanbood nadat hun stage was afgelopen. Op grond van de wetgeving in kwestie werd het loon van de heer Hütter, die net 18 jaar was, berekend op grond van zijn verworven werkervaring van 6,5 maanden, terwijl voor het loon van zijn collega, die 22 maanden ouder was dan hij, 28,5 maanden ervaring in aanmerking werd genomen. Dat resulteerde in een verschil in het maandloon, ondanks het feit dat ze ongeveer dezelfde werkervaring hadden opgedaan.

81 UK Employment Appeals Tribunal (VK), *MacCulloch v. Imperial Chemical Industries plc* [2008] IRLR 846, 22 juli 2008.

De heer Hütter stelde dat de regeling personen bevoordeelde die hun ervaring hebben opgedaan nadat ze 18 jaar zijn geworden. Het EHvJ aanvaardde dat het primaire doel van de wetgeving als legitiem kon worden beschouwd: (1) om personen die algemeen secundair onderwijs hebben gevolgd niet te benadelen in vergelijking met personen met een beroepsopleiding; en (2) om te vermijden dat stageplaatsen duurder worden en om de integratie van jonge personen op de arbeidsmarkt te bevorderen die dat type van opleiding hebben gevolgd. Hoewel het EHvJ de beoordelingsmarge van de lidstaten erkent bij het bepalen of de legitieme eisen passend en noodzakelijk zijn, was het toch van mening dat geen objectieve rechtvaardiging was geformuleerd, aangezien er een onevenredige effect ontstond voor jongere werknemers, vooral in die gevallen waarbij er geen verschil in ervaring was, maar de leeftijd van de sollicitant de waarde van de vergoeding bepaalde, zoals in dit geval.

Opgemerkt wordt dat deze benaderingswijze overeenkomt met die van het EHRM, dat de kwestie van verschillende pensioenleeftijden onderzocht in het licht van het EVRM, behandeld in de zaak *Stec* in hoofdstuk 4.2. In dit opzicht zijn de uitzonderingen met betrekking tot leeftijd in overeenstemming met de manier waarop de hoven rechtvaardigingen op het gebied van arbeid en sociaal beleid benaderen.

Belangrijkste punten

- Volgens het EVRM bestaat er een algemene rechtvaardigingsgrond voor directe discriminatie. In het EU-recht zijn er specifieke rechtvaardigingsgronden voor directe discriminatie die speciaal zijn toegesneden op een arbeidscontext.
- Indirecte discriminatie is volgens het EU-recht en het EVRM onderworpen aan een algemene rechtvaardigingsgrond van objectieve rechtvaardiging.
- Een verschil in behandeling kan gerechtvaardigd zijn als daarbij een legitiem doel wordt nagestreefd en als de middelen om dat doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn.
- Naast de algemene rechtvaardigingsgrond voor indirecte discriminatie in de EU-richtlijnen, zijn er meer specifieke rechtvaardigingsgronden: (i) wezenlijke en bepalende beroepsvereisten; (ii) uitzonderingen met betrekking tot religieuze instellingen; en (iii) uitzonderingen op het gebied van leeftijdsdiscriminatie.
- Leeftijdsdiscriminatie is de enige beschermingsgrond van de EU waarbij directe discriminatie objectief gerechtvaardigd kan worden.

Aanbevolen literatuur

Bamforth en O'Cinneide, *Discrimination Law: Theory and Context* (Londen, Sweet & Maxwell, 2008), hoofdstukken 4, 5, 6, 8.

Barnard, *EC Employment Law* (Oxford, Oxford University Press, 2009), hoofdstukken 6, 7, 8, 9, 10.

Bercusson, *European Labour Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2009), hoofdstukken 10, 11, 22.

Dubout, 'L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme: rénovation ou révolution? Épilogue dans l'affaire D.H. et autres c. République tchèque, Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre), 13 novembre 2007', 75 *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, (2008).

Ellis, *EU Anti-Discrimination Law* (Oxford, Oxford University Press, 2005), hoofdstuk 6.

ERRC/Interights/MPG, *Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice* (Nottingham, Russell Press, 2004), bijlage 5.

Europees Netwerk van juridische deskundigen inzake antidiscriminatie, *Beyond Formal Equality: Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC* (Luxemburg, Publicatiebureau, 2007).

Europees Netwerk van juridische deskundigen inzake antidiscriminatie, *The Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination* (Luxemburg, Publicatiebureau, 2008).

Europees Netwerk van juridische deskundigen inzake Antidiscriminatie, *Beyond Formal Equality: Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78* (Luxemburg, Publicatiebureau, 2007) – ook beschikbaar in het Frans en het Duits.

Europees Netwerk van juridische deskundigen inzake Antidiscriminatie, *Age Discrimination and European Law* (Luxemburg, Publicatiebureau, 2005) – ook beschikbaar in het Frans en het Duits.

Europees Netwerk van juridische deskundigen inzake Antidiscriminatie, *Religion and Belief in Employment* (Luxemburg, Publicatiebureau, 2006) – ook beschikbaar in het Frans en het Duits.

Fredman, *Discrimination Law* (Oxford, Oxford University Press, 2001), hoofdstuk 4.

Heyden en von Ungern-Sternberg, 'Ein Diskriminierungsverbot ist kein Fördergebot – Wider die neue Rechtsprechung des EGMR zu Art. 14 EMRK', *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (2009).

Interights, *Non-Discrimination in International Law* (Londen, Interights, 2005), hoofdstukken 3 en 4.

Marguénaud, 'L'affaire Burden ou l'humiliation de la fratrie: Cour européenne des droits de l'homme (Gde Ch.), Burden et Burden c. Royaume Uni, 29 avril 2008', 78 *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, (2009).

Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights* (Oxford, Hart Publishing, 2004), hoofdstuk 7.

Schiek, Waddington en Bell (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* (Oxford, Hart Publishing, 2007), hoofdstukken 2, 3 en 7.

3

Toepassingsbereik van het Europese non-discriminatierecht



3.1. Inleiding

Hoewel het Europese non-discriminatierecht directe en indirecte discriminatie verbiedt, geldt dit alleen in bepaalde contexten. In de EU werden antidiscriminatierichtlijnen ingevoerd om de werking van de interne markt te bevorderen, en was het recht van oudsher toegespitst op het domein van de werkgelegenheid. Met de invoering van de richtlijn rassengelijkheid in 2000 werd dit domein uitgebreid naar de toegang tot goederen en diensten en de toegang tot het de nationale welzijnsstelsel volgens het uitgangspunt dat gelijkheid op de werkvloer pas kon worden gewaarborgd als er ook gelijkheid was op andere domeinen die effect hadden op werkgelegenheid. Vervolgens werd de richtlijn inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot goederen en diensten ingevoerd om het toepassingsgebied van gelijkheid op grond van geslacht uit te breiden naar goederen en diensten. De richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep van 2000, die discriminatie op grond van seksuele geaardheid, handicap, leeftijd en godsdienst of overtuiging verbiedt, is echter alleen van toepassing in de context van werkgelegenheid. Zoals besproken in hoofdstuk 1.1.2 wordt thans overwogen de bescherming van deze gronden uit te breiden naar de context van goederen en diensten en toegang tot het welzijnsstelsel.

Artikel 14 van het EVRM waarborgt daarentegen gelijkheid met betrekking tot het genot van de materiële rechten van het EVRM. Bovendien wordt het toepassingsbereik van het verbod van discriminatie uitgebreid door protocol 12 van het EVRM, dat in 2005 van kracht werd, om alle rechten te dekken die op het nationale niveau worden gewaarborgd, zelfs wanneer die niet binnen het toepassingsgebied van een

EVRM-recht vallen. Tot dit protocol zijn thans slechts 17 van de 47 landen van de Raad van Europa teogetreden, waaronder zes EU-lidstaten. Dat betekent dat er in de EU-lidstaten verschillende niveaus van verplichtingen in het Europese non-discriminatierecht bestaan.

Dit hoofdstuk beschrijft het toepassingsgebied van het Europese non-discriminatierecht. Het begint met een algemene uiteenzetting van het toepassingsgebied van artikel 14 en protocol 12 van het EVRM en de methode die door het EHRM wordt gebruikt om het toepassingsgebied te bepalen. Vervolgens worden specifieke belangrijke domeinen onderzocht die onder de antidiscriminatierichtlijnen vallen, en wordt aangegeven waar dit overeenkomt met een toepassingsgebied dat ook onder artikel 14 valt. Tot slot wordt een overzicht gegeven van die domeinen waar het EVRM van toepassing is buiten de specifieke contexten van EU-wetgeving, zoals op het gebied van ordehandhaving en de 'persoonlijke levenssfeer'.

3.2. Wie krijgt bescherming volgens het Europese non-discriminatierecht?

Allereerst dient te worden gewezen op het vraagstuk wie bescherming geniet in het EU-recht en in het EVRM. Het EVRM waarborgt bescherming aan iedereen binnen het rechtsgebied van een lidstaat, al dan niet staatsburgers, en zelfs buiten het nationale grondgebied wanneer het land de feitelijke controle in handen heeft (bijvoorbeeld bezette gebieden).[82] De bescherming in het EU-recht is daarentegen beperkter. Het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in het EU-recht is van toepassing in de context van het vrije verkeer van personen en geldt alleen voor burgers van de EU-lidstaten. Daarnaast bevatten de antidiscriminatierichtlijnen verschillende uitzonderingen voor onderdanen van derde landen. Een onderdaan van een derde land is een persoon die staatsburger is van een land dat geen lid is van de EU.

In de antidiscriminatierichtlijnen staat expliciet vermeld dat ze niet van toepassing zijn op discriminatie op grond van nationaliteit; dat wordt geregeld in de richtlijn inzake het vrije verkeer.[83] Volgens die richtlijn hebben alleen onderdanen van EU-lidstaten het recht andere EU-lidstaten te betreden en er te verblijven. Na een

82 EHRM, *Loizidou v. Turkije* (nr. 15318/89), 18 december 1996.

83 Richtlijn 2004/38/EG betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, PB L 158 van 30 april 2004, blz. 77.

periode van vijf jaar legaal verblijf in een andere EU-lidstaat, heeft een EU-burger het recht er permanent te verblijven en heeft hij dezelfde rechten als personen uit de categorie 'werknemer'. Dat betekent uiteraard niet dat onderdanen van andere lidstaten niet worden beschermd door de antidiscriminatierichtlijnen. Zo zal een homoseksuele man uit Duitsland die in Griekenland wordt ontslagen wegens zijn geaardheid ook een beroep kunnen doen op de richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep. Het betekent alleen dat bij het neerleggen van een klacht over discriminatie op grond van nationaliteit, het slachtoffer ofwel zal moeten proberen dit binnen het kader van ras of etniciteit te brengen, dan wel zal moeten steunen op de richtlijn inzake het vrije verkeer.

In zowel de richtlijn rassengelijkheid als de richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep is opgenomen dat ze geen recht op gelijke behandeling vestigen voor onderdanen van een derde land met betrekking tot de voorwaarden inzake toegang en verblijf. De richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep bepaalt verder dat er geen recht op gelijke behandeling wordt gevestigd voor onderdanen van derde landen op het gebied van toegang tot arbeid en beroep. De richtlijn rassengelijkheid is ook niet van toepassing op 'enige behandeling die het gevolg is van de juridische status van onderdanen van derde landen'. Dit zou echter niet betekenen dat lidstaten onderdanen van derde landen volledig mogen uitsluiten van bescherming, aangezien in de preambule staat dat onderdanen van derde landen worden beschermd door de richtlijn, behalve inzake toegang tot werk. De richtlijn betreffende gelijkheid van mannen en vrouwen (herschikking) en de richtlijn inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot goederen en diensten sluiten bescherming van onderdanen van derde landen niet uit.

Onderdanen van derde landen hebben evenwel het recht op een gelijke manier te worden behandeld op dezelfde gebieden van de antidiscriminatierichtlijnen, indien ze worden beschouwd als 'langdurig ingezetenen' volgens de richtlijn inzake onderdanen van derde landen (die onder meer een legaal verblijf van vijf jaar vereist).[84] Daarnaast bepaalt de richtlijn inzake gezinshereniging dat onderdanen uit derde landen onder bepaalde omstandigheden mogen verenigd worden met familieleden.[85]

84 Richtlijn 2003/109/EG betreffende de status van langdurig ingezeten onderdanen van derde landen, PB L 16 van 23 januari 2004, blz. 44.

85 Richtlijn 2003/86/EG inzake het recht op gezinshereniging, PB L 251 van 3 oktober 2003, blz. 12.

Het EU-recht verhindert de lidstaten uiteraard niet zelf gunstiger voorwaarden in hun nationale wetgeving op te nemen. Hoewel uit de jurisprudentie van het EHRM, zoals besproken in hoofdstuk 4.7, blijkt dat een staat mag bepalen dat onderdanen en niet-onderdanen zich niet in een vergelijkbare situatie bevinden (en het dus toegelaten is om ze in bepaalde omstandigheden verschillend te behandelen), moeten in principe toch alle rechten van het EVRM worden gewaarborgd voor iedereen die binnen hun rechtsgebied valt. In dit opzicht legt het EVRM verplichtingen op aan lidstaten met betrekking tot onderdanen van derde landen die soms verder reiken dan de vereisten van het EU-recht.

3.3. Het toepassingsgebied van het Europees Verdrag: artikel 14 en protocol 12

3.3.1. De aard van het verbod van discriminatie in het Verdrag

Artikel 14 waarborgt gelijkheid '[i]n het genot van ... [de] rechten en vrijheden' omschreven in het EVRM. Het EHRM is daarom niet bevoegd klachten van discriminatie te onderzoeken die niet binnen het domein van een van de rechten vallen die door het EVRM worden beschermd.

Wanneer het EHRM een vermeende schending van artikel 14 behandelt, geschiedt dit altijd in samenhang met een materieel recht. Een verzoeker stelt doorgaans schending van een materieel recht, en aanvullend schending van een materieel recht in samenhang met artikel 14. Dat wil zeggen, de schending van zijn recht was niet alleen een inbreuk op de normen van het materiële recht, het was eveneens discriminerend omdat personen in vergelijkbare situaties geen soortgelijk nadeel ondervonden. Zoals opgemerkt in hoofdstuk 4 zal het EHRM, nadat schending van het materiële recht is vastgesteld, niet ook nog de klacht van discriminatie in overweging nemen wanneer dit in feite dezelfde klacht betreft.

In dit deel wordt eerst een korte beschrijving gegeven van de rechten die worden gewaarborgd door het EVRM en vervolgens wordt ingegaan op hoe het EHRM het toepassingsgebied van het EVRM uitlegt bij de toepassing van artikel 14.

3.3.1.1. Rechten in het verdrag

Aangezien artikel 14 volledig gebaseerd is op discriminatie op grond van één van de materiële rechten van het EVRM, is allereerst een goed begrip nodig van de rechten van het EVRM. Het EVRM bevat een opsomming van rechten die hoofdzakelijk worden gekarakteriseerd als 'burgerrechten en politieke rechten', maar het bevat ook enkele 'economische en sociale' rechten.

De materiële rechten in het EVRM hebben een uitzonderlijk breed bereik: ze betreffen onder meer over het recht op leven, het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven en de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst.

Wanneer een kwestie van discriminatie betrekking heeft op een EVRM-recht, zal het EHRM klachten over een vermeende schending van artikel 14 in overweging nemen.

Dit is een zeer significant verschil tussen het EU-recht en het EVRM, daar het EVRM bescherming biedt tegen discriminatie in gevallen die door het EU-recht niet worden geregeld. Hoewel het Europees Handvest van de grondrechten de EU verplicht de mensenrechten te respecteren bij al haar maatregelen (met inbegrip van een verbod van discriminatie), geldt het Handvest alleen voor de lidstaten bij het ten uitvoer leggen van EU-wetgeving. De reden dat het Handvest alleen in bepaalde omstandigheden toepasselijk is, heeft te maken met het feit dat de EU zelf geen ambtelijk apparaat in de lidstaten heeft voor het implementeren van EU-recht – het EU-recht wordt immers omgezet door de overheden in de lidstaten zelf. Het Handvest heeft dus geen effect voor gebieden waarvoor de lidstaten geen bevoegdheden hebben afgestaan aan de EU.

Sinds de invoering van de antidiscriminatierichtlijnen en de uitbreiding van de bescherming naar de toegang tot goederen en diensten en het welzijnsstelsel, is het verschil in toepassingsgebied tussen de bescherming in het EVRM en die in de richtlijnen kleiner geworden. Toch zijn er nog steeds specifieke domeinen waarin de EVRM meer bescherming biedt dan de het EU-recht. Die worden hieronder geanalyseerd.

3.3.1.2. Toepassingsgebied van rechten van het verdrag

Bij de toepassing van artikel 14 hanteert het EHRM een brede interpretatie van het toepassingsgebied van de EVRM-rechten:

- ten eerste heeft het EHRM duidelijk gesteld dat het klachten mag onderzoeken op grond van artikel 14 in samenhang met een materieel recht, zelfs wanneer er geen schending heeft plaatsgevonden van het materiële recht zelf;[86]

- ten tweede is gesteld dat het toepassingsgebied van het EVRM groter is dan de feitelijke letter van de gewaarborgde rechten. Het volstaat dat de feiten van de zaak in ruime zin betrekking hebben op kwesties die worden beschermd door het EVRM.

Voorbeeld: in de zaak *Zarb Adami v. Malta* klaagde verzoeker over discriminatie op grond van geslacht gezien het onevenredig hoge aantal mannen dat werd opgeroepen voor jurydienst.[87] Artikel 4, lid 2, van het EVRM verbiedt dwangarbeid. Artikel 4, lid 3, onder d) bepaalt dat 'normale burgerplichten' niet onder het begrip 'dwangarbeid' vallen. Hoewel 'normale burgerplichten' niet onder dit artikel vallen (met andere woorden het EVRM kent geen recht toe om te worden vrijgesteld van jurydienst), oordeelde het EHRM dat de feiten van de zaak wel binnen het toepassingsgebied van dit recht vallen. Het baseerde die redenering op het feit dat 'normale burgerplichten' namelijk 'abnormaal' kunnen worden wanneer ze worden toegepast op een discriminerende manier.

Voorbeeld: in de zaak *E.B. v. Frankrijk* weigerden de nationale autoriteiten een adoptieaanvraag van een lesbische vrouw die samenwoonde met haar partner.[88] Verzoekster voerde schending van artikel 8 aan in samenhang met artikel 14. Het EHRM merkte op dat het niet werd gevraagd zich uit te spreken over het feit of artikel 8 op zichzelf werd geschonden, wat van belang was omdat artikel 8 zelf geen recht op het stichten van een gezin of op adoptie bevat. Het EHRM benadrukte echter de mogelijkheid dat een klacht van discriminatie binnen het toepassingsgebied van een bepaald recht valt, zelfs wanneer de zaak in kwestie geen betrekking had op een specifiek recht dat wordt toegekend door het EHRM. Het oordeelde dat de feiten zonder twijfel binnen het toepassingsgebied

86 Zie bv. EHRM, *Sommerfeld v. Duitsland* [GC] (nr. 31871/96), 8 juli 2003.

87 EHRM, *Zarb Adami v. Malta* (nr. 17209/02), 20 juni 2006.

88 EHRM, *E.B. v. Frankrijk* [GC] (nr. 43546/02), 22 januari 2008.

van artikel 8 vielen, omdat Frankrijk in de nationale wetgeving het recht op adoptie had opgenomen. Wat betreft de feiten in deze zaak, oordeelde het Hof dat de seksuele geaardheid van verzoekster een bepalende rol speelde in de weigering door de autoriteiten haar toestemming voor adoptie te geven, hetgeen neerkomt op een discriminerende behandeling in vergelijking met andere personen die volgens de nationale wetgeving het recht op adoptie hadden.

Voorbeeld: in de zaak *Sidabras en Džiautas v. Litouwen* klaagden verzoekers dat hun recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven werd geschonden omdat de staat een drempel had opgeworpen voor de toegang tot arbeid in overheidsdiensten en voor bepaalde aspecten van particuliere werkgelegenheid.[89] Het EVRM bevat echter geen recht op arbeid. Toch viel dit geval volgens het EHRM binnen het toepassingsgebied van artikel 8, omdat het in ernstige mate van invloed was op hun mogelijkheid relaties met de buitenwereld te ontwikkelen en voor ernstige moeilijkheden zorgde bij het verdienen van een inkomen, met duidelijk nadelige gevolgen voor hun privé-, familie- en gezinsleven'.[90]

Voorbeeld: in de zaak *Carson en anderen v. VK* klaagden verzoekers dat ze werden gediscrimineerd door de overheid wegens hun verblijfplaats, omdat ze geen recht hadden op een verhoging van hun pensioen op dezelfde basis als gepensioneerden die in het Verenigd Koninkrijk verbleven of in een van de landen waarmee het VK een bilaterale overeenkomst had gesloten.[91] Hoewel het EVRM geen recht op sociale zekerheid of een pensioen bevat, oordeelde het EHRM dat, wanneer de staat dit recht zelf waarborgt, dit aanleiding is tot een recht op deelname dat is beschermd op grond van protocol 1, artikel 1.

Het EHRM heeft ook in andere zaken uitgesproken dat wanneer op enigerlei wijze een overheidsuitkering verschuldigd is, dit voor de doeleinden van toepassing van artikel 14 ofwel valt onder het toepassingsgebied van protocol 1, artikel 1 [92] (omdat

89 EHRM, *Sidabras en Džiautas v. Litouwen* (nrs. 55480/00 en 59330/00), 27 juli 2004.

90 *Ibid.*, para. 48.

91 EHRM, *Carson en anderen v. VK* [GC] (nr. 42184/05), 16 maart 2010.

92 Een volledige beschouwing van protocol 1, artikel 1 is beschikbaar op de RvE-website van de leeromgeving inzake mensenrechten voor juristen: Grgić, Mataga, Longar en Vilfan, *The right to property under the ECHR*, Human Rights Handbook, nr. 10, 2007, beschikbaar op: www.coehelp.org/course/view.php?id=54.

het wordt beschouwd als eigendom)[93] of van artikel 8 (omdat het een invloed heeft op het privé- of gezinsleven).[94] Dit is voornamelijk van belang als het gaat om discriminatie op grond van nationaliteit, hierboven besproken in 3.1.2, aangezien het EU-recht veel restrictiever is in dit opzicht.

3.3.1.3. Protocol 12

Protocol 12 verbiedt discriminatie met betrekking tot 'het genot van elk in de wet neergelegd recht' en heeft derhalve een groter toepassingsgebied dan artikel 14, dat alleen betrekking heeft op rechten die worden gewaarborgd door het EVRM. In de toelichting over de betekenis van deze begrippen in de toelichting van de Raad van Europa staat te lezen dat deze bepaling betrekking heeft op discriminatie:

'i. bij het genot van elk recht dat specifiek wordt toegekend aan een persoon volgens de nationale wetgeving;

ii. bij het genot van een recht dat wordt afgeleid uit een duidelijke verplichting van een overheidsinstantie op grond van nationale wetgeving, dat wil zeggen wanneer een overheidsinstantie door de nationale wetgeving is verplicht zich op een bepaalde manier te gedragen;

iii. door een overheidsinstantie tijdens de uitoefening van discretionaire bevoegdheden (bv. het toekennen van subsidies);

iv. door elk handelen of nalaten door een overheidsinstantie (bv. het gedrag van rechtshandhavingsfunctionarissen bij het beheersen van oproer).'[95]

In de toelichting staat ook dat, hoewel het protocol in beginsel personen beschermt tegen discriminatie door de staat, het ook betrekking heeft op relaties tussen privépersonen die normaal gesproken door de staat worden gereguleerd, bv. willekeurige weigering van toegang tot werk, toegang tot restaurants, of tot diensten die

93 Bijvoorbeeld EHRM, *Stec en anderen v. VK* [GC] (nrs. 65731/01 en 65900/01), 12 april 2006 (pensioenen en invaliditeitsuitkeringen); EHRM, *Andrejeva v. Letland* [GC] (nr. 55707/00), 18 februari 2009 (pensioenen); EHRM, *Koua Poirrez v. Frankrijk* (nr. 40892/98), 30 september 2003 (uitkering wegens arbeidsongeschiktheid); EHRM, *Gaygusuz v. Oostenrijk* (nr. 17371/90), 16 september 1996 (werkloosheidsuitkering).

94 Bijvoorbeeld EHRM, *Weller v. Hongarije* (nr. 44399/05), 31 maart 2009 (sociale uitkering ter ondersteuning van gezinnen met kinderen).

95 Protocol 12 bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (ETS nr. 177), toelichting, para. 22. Beschikbaar op: http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm.

door privépersonen beschikbaar worden gesteld voor het publiek, zoals medische zorg of nutsvoorzieningen zoals water en elektriciteit.[96] In het algemeen verbiedt protocol 12 discriminatie buiten strikt persoonlijke contexten, wanneer personen functies uitoefenen waarin ze beslissen over het openbaar aanbieden van goederen en diensten.

In de enige zaak die werd onderzocht door het EHRM op grond van artikel 1 van protocol 12, *Sejdić en Finci v. Bosnië-Herzegovina*, besproken in hoofdstuk 4.6, stelde het EHRM dat dit instrument 'een algemeen verbod op discriminatie introduceert'. Er werd eveneens gesteld dat de analyse van discriminatiegevallen identiek zou zijn met de analyse door het EHRM in de context van artikel 14.

3.4. Toepassingsgebied van de antidiscriminatierichtlijnen van de EU

In de antidiscriminatierichtlijnen strekt het verbod op discriminatie zich uit over drie domeinen: arbeid, sociale zekerheid, en goederen en diensten. De richtlijn rassengelijkheid is thans van toepassing op die drie domeinen. Er wordt gesproken over regelgeving om de richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep, die nu alleen van toepassing is op werkgelegenheid, uit te breiden naar de drie domeinen. De richtlijnen inzake gelijkheid van mannen en vrouwen (herschikking) en gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot goederen en diensten zijn van toepassing op werkgelegenheid en de toegang tot goederen en diensten, maar niet op de toegang tot sociale zekerheid.

3.4.1. Arbeid

Bescherming tegen discriminatie op het gebied van arbeid betreft alle beschermingsgronden van de antidiscriminatierichtlijnen.

3.4.1.1. Toegang tot arbeid

Het concept 'toegang tot arbeid' wordt door het EHvJ ruim geïnterpreteerd.

> Voorbeeld: in de zaak *Meyers v. Adjudication Officer* oordeelde het EHvJ dat toegang tot het arbeidsproces 'niet alleen gaat over de omstandigheden

96 *Ibid,* para. 28.

voordat een werkrelatie tot stand komt', maar ook over de beïnvloedende factoren die in aanmerking moeten worden genomen voordat de persoon een beslissing maakt over het aanvaarden van een werkaanbieding.[97] In de zaak *Meyers* werd geoordeeld dat het toekennen van een specifieke overheidsuitkering (verschuldigd naargelang van het inkomensniveau) onder dit domein viel. De reden was dat de kandidaat beïnvloed zou kunnen worden door het feit dat hij recht zou hebben op deze uitkering bij aanvaarden van een baan. Dientengevolge had een dergelijke overweging gevolgen voor de toegang tot het arbeidsproces.

Voorbeeld: in de zaak *Schnorbus v. Land Hessen* solliciteerde verzoekster voor een opleiding als onderdeel van haar kwalificatieprocedure om toe te treden tot de rechterlijke macht.[98] Volgens de nationale wetgeving moest ze eerst slagen voor een nationaal examen, gevolgd door een opleidingsperiode en een tweede examen. Verzoekster slaagde voor het eerste examen, maar werd geweigerd voor de opleiding omdat er geen vacatures waren. Haar inschrijving werd vervolgens uitgesteld tot de volgende vacatureronde werd gestart. Zij stelde dat ze werd gediscrimineerd omdat prioriteit werd toegekend aan mannelijke kandidaten die hun militaire dienst hadden voltooid. Het EHvJ oordeelde dat het nationale recht waarin de datum van toelating tot de opleiding werd bepaald, binnen het toepassingsgebied viel van 'toegang tot het arbeidsproces', omdat een dergelijke periode van opleiding op zich werd beschouwd als 'dienstbetrekking', zowel op zichzelf en als deel van de procedure voor het verkrijgen van een functie in de rechterlijke macht.

3.4.1.2. Arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en beloning

Het EHvJ heeft ook voor dit domein een redelijke ruime interpretatie gehanteerd. Dit heeft er uiteindelijk toe geleid dat elke voorwaarde die is afgeleid van de werkrelatie in deze categorie valt.

Voorbeeld: in de zaak *Meyers* klaagde verzoeker, een alleenstaande ouder, over indirecte discriminatie op grond van geslacht door de methode die werd gebruikt om na te gaan of een alleenstaande ouder in aanmerking komt

97 EHvJ, *Meyers v. Adjudication Officer*, zaak C-116/94 [1995] Jurispr. I-2131, 13 juli 1995.

98 EHvJ, *Schnorbus v. Land Hessen*, zaak C-79/99 [2000] Jurispr. I-10997, 7 december 2000.

voor gezinstoeslag ('Family Credit').[99] Het EHvJ moest verduidelijken of de toekenning van een gezintoeslag (een overheidsuitkering) een socialezekerheidskwestie was, dan wel een arbeidsvoorwaarde vormde. Het EHvJ hield rekening met het feit dat de desbetreffende gezinstoeslag uitbetaald werd wanneer aan de volgende drie voorwaarden werd voldaan: het inkomen van de aanvrager mag niet hoger liggen dan een bepaald bedrag; de aanvrager of zijn/haar partner had een baan; de aanvrager of zijn/haar partner had de verantwoordelijkheid voor een kind. Het EHvJ oordeelde dat de richtlijn inzake gelijke behandeling (nu vervangen door de richtlijn betreffende gelijkheid van mannen en vrouwen (herschikking)) niet als niet-zijnde van toepassing kon worden beschouwd, omdat de desbetreffende uitkering deel uitmaakte van het socialezekerheidsstelsel. Er werd in plaats daarvan een bredere benaderingswijze gehanteerd waarbij gekeken werd of de uitkering werd toegekend in het kader van een arbeidsrelatie. In dit geval moest de aanvrager, om de gezinstoeslag te kunnen ontvangen, aantonen dat hij of zij, dan wel de partner, betaald werk hadden. De vereiste van een arbeidsrelatie hat tot gevolg dat de gezinstoeslag binnen de categorie van een arbeidsvoorwaarde viel.

Door een dergelijke ruime definitie van dienstbetrekking en arbeidsvoorwaarden, kwam het EHvJ tot de conclusie dat het voorzien van kinderopvang op het werk[100] en arbeidsduurvermindering ook onder het toepassingsgebied vielen.[101]

Het EHvJ benadert de kwesties ontslag en beloning eveneens op inclusieve wijze. Wat ontslag betreft, betreft het vrijwel alle gevallen waarbij de werkrelatie wordt beëindigd. Ook gevallen waarbij de werkrelatie werd beëindigd als onderdeel van een vrijwillige ontslagregeling[102] of via gedwongen pensionering[103] vallen daar onder.

Het begrip beloning wordt in artikel 157 van het Verdrag betreffende de werking van de EU gedefinieerd als 'het gewone basis- of minimumloon of -salaris en alle overige voordelen in geld of in natura die de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking direct of indirect van zijn werkgever ontvangt'. Het gaat daarbij om een

99 EHvJ, *Meyers v. Adjudication Officer*, zaak C-116/94 [1995] Jurispr. I-2131, 13 juli 1995.

100 EHvJ, *Lommers v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, zaak C-476/99 [2002] Jurispr. I-2891, 19 maart 2002.

101 EHvJ, *Jämställdhetsombudsmannen v. Örebro läns landsting*, zaak C-236/98 [2000] Jurispr. I-2189, 30 maart 2000.

102 EHvJ, *Burton v. British Railways Board*, zaak 19/81 [1982] Jurispr. 555, 16 februari 1982.

103 EHvJ, *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA*, zaak C-411/05 [2007] Jurispr. I-8531, 16 oktober 2007.

veelheid aan voordelen die een werknemer ontvangt omdat hij een arbeidsrelatie is aangegaan. De reikwijdte van deze definitie werd in een aantal zaken voor het EHvJ onderzocht, en daarbij is uitgesproken dat alle voordelen die zijn geassocieerd met een baan onder de definitie vallen, met inbegrip van reizen per trein met reductie[104], ontheemdingstoelagen[105], kerstbonussen[106] en bedrijfspensioenen[107]. Centraal bij de vraag of iets onder het begrip 'beloning' valt, is de vraag of er sprake is van een vorm van voordeel die kan worden afgeleid uit het bestaan van een arbeidsrelatie.

3.4.1.3. Toegang tot beroepskeuzebegeleiding en beroepsopleiding

De definitie van 'beroepskeuzebegeleiding of beroepsopleiding' werd besproken door het EHvJ in de context van het vrije verkeer van personen.[108] Het EHvJ gaat uit van een brede definitie.

Voorbeeld: in de zaak *Gravier* wilde een Franse student onderwijs in het tekenen van strips volgen aan de Académie de Beaux-Arts in Luik.[109] Hij/zij moest inschrijvingsgeld betalen, terwijl studenten van het gastland dat niet hoefde te doen. Het EHvJ verwoordde het als volgt:

'iedere onderwijsvorm die opleidt voor een specifiek beroep, vak of betrekking, of die bijzondere bekwaamheid verleent om een dergelijk beroep, vak of betrekking uit te oefenen, valt onder het begrip beroepsopleiding, ongeacht de leeftijd en het opleidingsniveau van de leerlingen of studenten, en zelfs indien in het studieprogramma een aantal algemene vakken zijn opgenomen.'

104 EHvJ, *Garland v. British Rail Engineering Limited*, zaak 12/81 [1982] Jurispr. 455, 9 februari 1982.

105 EHvJ, *Sabbatini v. Europees Parlement*, zaak 20/71 [1972] Jurispr. 345, 7 juni 1972.

106 EHvJ, *Lewen v. Denda*, zaak C-333/97 [1999] Jurispr. I-7243, 21 oktober 1999.

107 EHvJ, *Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, zaak C-262/88 [1990] Jurispr. I-1889, 17 mei 1990.

108 Op grond van artikel 7, lid 3, van Verordening 1612/68 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap (PB L 271 van 19 oktober 1968, blz. 2), kan een werknemer 'onderwijs op vakscholen en van de revalidatie- en herscholingscentra' volgen zonder daarbij te worden onderworpen aan minder gunstige omstandigheden als de nationale werknemers.

109 EHvJ, *Gravier v. Ville de Liege en anderen*, zaak 293/83 [1985] Jurispr. 593, 13 februari 1985.

Voorbeeld: deze definitie werd toegepast in de zaak *Blaizot* waar verzoek een aanvraag had ingediend voor een studie diergeneeskunde.[110] Het EHvJ oordeelde dat algemeen gesproken een universiteitsdiploma ook binnen de betekenis van 'beroepsopleiding' valt, zelfs niet indien het eindexamen de betrokkene niet rechtstreeks bevoegd maakt tot het uitoefenen van het beroep, vak of betrekking. Het was voldoende dat het programma in kwestie kennis, opleiding of vaardigheden bijbracht voor een specifiek beroep, vak of betrekking. Een universitaire studie mag dus worden beschouwd als een 'beroepsopleiding', zelfs wanneer voor dat beroep geen formele kwalificatie nodig is of wanneer het universitaire diploma zelf geen formele toegangseis is voor het uitoefenen van het beroep. De enige uitzondering hierop zijn 'enkele bijzondere studierichtingen, die wegens hun specifieke kenmerken vooral bestemd zijn voor personen die veeleer hun algemene kennis willen vergroten dan een beroep willen gaan uitoefenen'.

3.4.1.4. Werknemers- en werkgeversorganisaties

Dit gaat niet alleen over lidmaatschap van en toegang tot een werknemer- en werkgeversorganisatie, maar ook over de betrokkenheid van personen binnen die organisaties. Volgens richtsnoeren van de Europese Commissie moet dit garanderen dat er geen discriminatie is bij het lidmaatschap van ofde voordelen die deze organisaties bieden.[111]

3.4.1.5. Het Europees Verdrag in de context van arbeid

Hoewel het EVRM zelf geen recht op arbeid omvat, is in artikel 8 in specifieke gevallen zodanig uitgelegd dat ook arbeid er onder valt. In voornoemde zaak *Sidabras en Džiautas v. Litouwen* werd uitgesproken dat een verbod van de overheid om voormalige KGB-agenten toe te laten tot het ambtenarenapparaat en tot werk in sommige delen van de privésector onder artikel 8 viel, in samenhang met artikel 14, omdat het 'in ernstige mate van invloed was op hun mogelijkheid met de buitenwereld relaties te ontwikkelen en voor ernstige moeilijkheden zorgde bij het verdienen van een inkomen, met duidelijk nadelige gevolgen voor hun privé-, familie- en gezinsleven'.[112] Zo ook in de zaak *Bigaeva v. Grieken-*

110 EHvJ, *Blaizot en anderen v. Université de Liège en anderen*, zaak 24/86 [1988] Jurispr. 379, 2 februari 1988.

111 Voorstel voor een richtlijn van de Raad houdende tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, COM(1999) 566 def. van 25 november 1999.

112 EHRM, *Sidabras en Džiautas v. Litouwen* (nrs. 55480/00 en 59330/00), 27 juli 2004, ECHR 2004-VIII.

land waar werd geoordeeld dat artikel 8 ook het toepassingsgebied arbeid omvat, waaronder het recht van toegang tot een beroep.[113]

Het EHRM verbiedt ook discriminatie vanwege lidmaatschap van een vakbond. Bovendien wordt het recht vakbonden op te richten gewaarborgd als een afzonderlijk recht in het EVRM.[114]

Voorbeeld: in de zaak *Danilenkov en anderen v. Rusland* werden verzoekers geconfronteerd met intimidatie en minder gunstige behandeling door hun werkgever op grond van hun lidmaatschap van een vakbond.[115] De civielrechtelijke schadevorderingen voor de nationale rechtbanken werden verworpen, omdat discriminatie alleen kon worden vastgesteld door een strafrechtelijke procedure. De openbare aanklager weigerde echter om een strafrechtelijke procedure op te starten omdat volgens de bewijslast de staat 'zonder enige redelijke twijfel' moest aantonen dat een van de bedrijfsleiders het doel had om te discrimineren. Het EHRM oordeelde dat de afwezigheid in de nationale wetgeving van een doeltreffende juridische bescherming inzake vrijheid van vereniging voor vakbonden een schending was van artikel 11 in samenhang met artikel 14.

3.4.2. Toegang tot het welzijnsstelsel en vormen van sociale zekerheid

Van alle antidiscriminatierichtlijnen voorziet alleen de richtlijn rassengelijkheid in een brede bescherming tegen discriminatie bij de toegang tot het welzijnsstelsel en andere vormen van sociale zekerheid. Hieronder valt ook de toegang tot voordelen in natura waarin de staat voorziet, zoals openbare gezondheidszorg, onderwijs en sociale zekerheid. De richtlijn betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep legt evenwel het recht vast op gelijke behandeling op grond van geslacht op het specifieke gebied van 'sociale zekerheid'.

113 EHRM, *Bigaeva v. Griekenland* (nr. 26713/05), 28 mei 2009.

114 Bijvoorbeeld EHRM, *Demir en Baykara v. Turkije* (nr. 34503/97), 12 november 2008.

115 EHRM, *Danilenkov en anderen v. Rusland* (nr. 67336/01), 30 juli 2009.

3.4.2.1. Sociale bescherming, met inbegrip van sociale zekerheid en gezondheidszorg

Het exacte toepassingsgebied is voor dit domein lastig aan te duiden, omdat het niet wordt gedefinieerd in de richtlijn rassengelijkheid en nog niet werd uitgelegd in jurisprudentie van het EHvJ. Zoals hierboven opgemerkt, voorziet de richtlijn betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep in gelijke behandeling op grond van geslacht op het gebied van de 'wettelijke socialezekerheidsregelingen'.[116] Artikel 1, lid 3 van Richtlijn 1979/7/EEG definieert dit als regelingen die bescherming bieden tegen ziekte, invaliditeit, ouderdom, arbeidsongevallen en beroepsziekten en werkloosheid, naast de 'socialebijstandsregelingen, voor zover deze een aanvulling vormen op of in de plaats komen van' de socialezekerheidsregelingen.

Wat wordt bedoeld met 'sociale bescherming' is niet geheel duidelijk, hoewel de toelichting bij het voorstel van de Commissie voor de richtlijn rassengelijkheid, alsmede de bewoordingen van de Richtlijn zelf, impliceren dat dit breder moet worden gezien dan alleen 'sociale zekerheid'.[117] Uit de beoogde breedte van de bepaling kan worden afgeleid dat elk voordeel dat wordt aangeboden door de staat, zowel economisch van aard als in natura, binnen de categorie van sociale bescherming valt voor zover het niet valt onder de sociale zekerheid. In die betekenis is het zeer waarschijnlijk dat de afzonderlijke toepassingsgebieden van de richtlijn rassengelijkheid elkaar overlappen.

Ook de omvang van de bescherming tegen discriminatie in de gezondheidszorg blijft onduidelijk. Het lijkt er op dat het betrekking heeft op de toegang tot openbare gezondheidszorg op de plaats van de zorgverlening, zoals de behandeling die wordt verstrekt door administratief en medische personeel. Waarschijnlijk is het ook van toepassing op verzekeringen waarbij particuliere gezondheidsdiensten worden geleverd, maar de patiënten worden terugbetaald via een verplicht verzekeringsstelsel. In die gevallen zou een weigering om een persoon te verzekeren of het rekenen van een hogere premie op grond van ras of etnische afkomst onder het toepassingsgebied van deze bepaling vallen. Indien niet, zou het onder de bepaling inzake goederen en diensten vallen.

116 In tegenstelling tot 'ondernemings- of sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid' in de richtlijn betreffende gelijkheid van mannen en vrouwen (herschikking).

117 Voorstel voor een richtlijn van de Raad houdende tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, COM(1999) 566 def. van 25 november 1999.

3.4.2.2. Sociale voordelen

De reikwijdte van het begrip 'sociale voordelen' is grondig gedocumenteerd in de jurisprudentie van het EHvJ in de context van het vrije personenverkeer en werd zeer ruim gedefinieerd.

> Voorbeeld: in de zaak *Cristini* was verzoekster een Italiaanse vrouw die met haar kinderen in Frankrijk woonde en wier overleden echtgenoot 'werknemer' was volgens de definitie van het EU-recht.[118] De Franse spoorwegen boden reductiekaarten voor grote gezinnen aan tegen een goedkoper tarief, maar weigerde mevrouw Cristini vanwege haar nationaliteit een dergelijke kaart toe te kennen. Er werd gesteld dat 'sociale voordelen' in het EU-recht alleen betrekking hadden op voordelen die voortvloeiden uit een arbeidscontract. Het EHvJ ging hier niet mee akkoord en oordeelde dat de term betrekking moest hebben op alle voordelen, ongeacht het bestaan van een arbeidscontract, met inbegrip van reductiekaarten voor spoorwegmaatschappijen.

Het EHvJ definieerde 'sociale voordelen' in de zaak *Even* als voordelen:

> *'die, al dan niet verbonden aan een arbeidsovereenkomst, in het algemeen aan nationale werknemers worden toegekend, voornamelijk op grond van hun objectieve hoedanigheid van werknemer of alleen wegens het feit dat zij ingezetenen zijn, en waarvan de uitbreiding tot werknemers-onderdanen van andere lidstaten geschikt lijkt om hun mobiliteit binnen de Gemeenschap te vergemakkelijken'.*[119]

Het begrip is van toepassing op vrijwel alle rechten zolang ze voldoen aan de *Even*-definitie: er wordt geen onderscheid gemaakt tussen een absoluut recht of rechten die worden toegekend op discretionaire gronden. Bovendien sluit de definitie geen rechten uit die worden toegekend na het beëindigen van de arbeidsrelatie en die als een sociaal voordeel worden beschouwd, zoals een recht op een pensioen.[120] Het komt erop neer dat in de context van het vrije verkeer, een sociaal voordeel elk voordeel is dat een migrerende werknemer in staat stelt te integreren in de

118 EHvJ, *Cristini v. Société nationale des chemins de fer français (SNCF)*, zaak 32/75 [1975] Jurispr. 1085, 30 september 1975.

119 EHvJ, *Openbaar Ministerie tegen Even*, zaak 207/78 [1979] Jurispr. 2019, 31 mei 1979, para. 22.

120 EHvJ, *Commissie v. Frankrijk*, zaak C-35/97 [1998] Jurispr. I-5325, 24 september 1998.

samenleving van het gastland. De rechtbanken zijn redelijk liberaal geweest bij het bepalen of iets een sociaal voordeel is, bijvoorbeeld:

- het toekennen van een rente vrije lening bij de geboorte van een kind. Ondanks de motivering dat de lening is bedoeld om het aantal geboortes te stimuleren, oordeelde het EHvJ dat dit een sociaal voordeel is, omdat het werd beschouwd als een instrument om de financiële lasten van gezinnen met een laag inkomen te verlichten;[121]

- het toekennen van een subsidie op grond van een culturele overeenkomst om nationale werknemers aan te moedigen in het buitenland te gaan studeren;[122]

- het recht om de rechtspleging in een strafzaak tegen een persoon te voeren in de taal van zijn thuisland.[123]

3.4.2.3. Onderwijs

Bescherming tegen discriminatie bij de toegang tot onderwijs werd aanvankelijk ontwikkeld in de context van het vrije verkeer van personen op grond van artikel 12 van Verordening 1612/68, met name gericht op de kinderen van werknemers. Het domein onderwijs heeft waarschijnlijk overlap met dat van beroepsopleiding. Het is niet duidelijk of het ook die programma's van hoger onderwijs omvat die zijn uitgesloten van het domein beroepsopleiding en die slechts voor het verbeteren van algemene kennis zijn bedoeld.

> Voorbeeld: in de zaak *Casagrande v. Landeshauptstadt München* was verzoekster de dochter van een Italiaanse onderdaan die in Duitsland werkte.[124] De Duitse overheid betaalde een maandelijkse toelage voor kinderen in de schoolgaande leeftijd, met als doel de 'deelname aan het onderwijs' te bevorderen. Het EHvJ was van mening dat algemene maatregelen om de deelname aan het onderwijs te bevorderen onder het toepassingsgebied onderwijs vielen.

121 EHvJ, *Reina v. Landeskreditbank Baden- Württemberg*, zaak 65/81 [1982] Jurispr. 33, 14 januari 1982.

122 EHvJ, *Matteucci v. Communaute Francaise de Belgique*, zaak 235/87 [1988] Jurispr. 5589, 27 september 1988

123 EHvJ, *Strafzaak tegen Mutsch*, zaak 137/84 [1985] Jurispr. 2681, 11 mei 1985.

124 EHvJ, *Casagrande v. Landeshauptstadt München*, zaak 9/74 [1974] Jurispr. 773, 3 juli 1974.

3.4.2.4. Het Europees Verdrag in de context van welzijn en onderwijs

Hoewel er geen recht op sociale zekerheid is opgenomen in het EVRM, volgt duidelijk uit de rechtspraak van het EHRM dat vormen van sociale zekerheid zoals uitkeringen en pensioenen onder het toepassingsgebied van artikel 1 van protocol 1 of van artikel 8 vallen.[125]

Hoewel er geen recht op gezondheidszorg is opgenomen in het EVRM, is het EHRM van mening dat kwesties in verband met gezondheidszorg, zoals de toegang tot medische dossiers[126], onder artikel 8 of artikel 3 vallen wanneer een gebrek aan toegang tot gezondheidszorg leidt tot onmenselijke of vernederende behandeling.[127] Er kan dus worden gesteld dat klachten met betrekking tot discriminatie op het gebied van toegang tot gezondheidszorg binnen het toepassingsgebied van artikel 14 vallen.

Het is niet duidelijk of toegang tot sociale voordelen in de vorm van uitkeringen in natura, zoals reispassen, binnen het toepassingsgebied van het EVRM vallen; de ruime interpretatie door het EHRM van artikel 8 doet evenwel vermoeden dat dit het geval is, vooral wanneer die voordelen zijn bedoeld om het gezin te ondersteunen.

Protocol nr. 1, artikel 2, van het EVRM bevat een op zichzelf staand recht op onderwijs, en om die reden zou het EHRM klachten van discriminatie in de context van onderwijs beschouwen als vallende onder het toepassingsgebied van artikel 14. Discriminatie op het gebied van onderwijs volgens het EVRM wordt besproken in de zaak *D.H. en anderen v. Tsjechië*[128] in hoofdstuk 2, paragraaf 3.1 en in de zaak *Oršuš en anderen v. Kroatië*[129] in hoofdstuk 5, paragraaf 3.

---

125 Zie met name de volgende zaken: EHRM, *Andrejeva v. Letland* [GC] (nr. 55707/00), 18 februari 2009; EHRM, *Gaygusuz v. Oostenrijk* (nr. 17371/90), 16 september 1996; en EHRM, *Koua Poirrez v. Frankrijk* (nr. 40892/98), 30 september 2003, allen besproken in hoofdstuk 4.7.

126 EHRM, *K.H. en anderen v. Slowakije* (nr. 32881/04), 28 april 2009.

127 EHRM, *Sławomir Musiał v. Polen* (nr. 28300/06), 20 januari 2009.

128 EHRM, *D.H. en anderen v. Tsjechië* [GC] (nr. 57325/00), 13 november 2007.

129 EHRM, *Oršuš en anderen v. Kroatië* [GC] (nr. 15766/03), 16 maart 2010.

3.4.3. Toegang tot het aanbod van goederen en diensten, met inbegrip van huisvesting

Bescherming tegen discriminatie bij de toegang tot goederen en diensten, met inbegrip van huisvesting, geldt voor de beschermingsgrond ras via de richtlijn rassengelijkheid en voor de beschermingsgrond geslacht via de richtlijn inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot goederen en diensten. Artikel 3, lid 1 van de richtlijn inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot goederen en diensten wordt uitgelegd dat die richtlijn van toepassing is op alle personen die goederen en diensten aanbieden 'die zonder onderscheid des persoons publiekelijk beschikbaar zijn met betrekking tot zowel de overheidssector als de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties en die buiten de privé- en de gezinssfeer worden aangeboden, alsmede op de in die context verrichte transacties'. In paragraaf 13 van de preambule wordt nadrukkelijk de toepassing op het gebied van 'media- of reclame-inhoud' en 'openbaar of particulier onderwijs'uitgesloten, hoewel die laatste uitzondering geen beperking inhoudt van het toepassingsgebied van de richtlijn rassengelijkheid, die uitdrukkelijk ook onderwijs dekt. De richtlijn inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot goederen en diensten verwijst ook naar artikel 57 van het Verdrag betreffende de werking van de EU:

> *'In de zin van de Verdragen worden als diensten beschouwd de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden ...*
>
> *De diensten omvatten met name werkzaamheden:*
>
> *(a) van industriële aard,*
> *(b) van commerciële aard,*
> *(c) van het ambacht,*
> *(d) van de vrije beroepen.'*

Het lijkt er om deze reden op dat dit domein alle contexten dekt waarbij een goed of een dienst normaliter wordt geleverd tegen vergoeding, zolang dit niet plaatsvindt in een volledig persoonlijke context, en met uitzondering van openbaar of particulier onderwijs.

Uit de rechtspraak van nationale instanties blijkt dat hierin scenario's vervat zitten zoals het toegang krijgen tot of de mate van dienstverlening in bars,[130] restaurants en nachtclubs,[131] winkels,[132] aankoopverzekering,[133] alsmede activiteiten van 'private' verkopers, zoals hondenfokkers.[134] Hoewel gezondheidszorg specifiek is opgenomen in de richtlijn rassengelijkheid, kan dit ook onder diensten vallen, met name wanneer het private gezondheidszorg betreft of wanneer personen verplicht zijn een ziektekostenverzekering af te sluiten. In dit opzicht heeft het EHvJ uitgesproken dat onder het begrip diensten in de context van het vrije verkeer van diensten ook diensten voor het dekken van gezondheidszorgkosten vallen, die tegen vergoeding worden geleverd door een instantie met winstoogmerk.[135]

In de richtlijn rassengelijkheid wordt huisvesting niet gedefinieerd. Er wordt evenwel voorgesteld dit te interpreteren in het licht van de internationale mensenrechten, met name het recht van eerbiediging van de woning van artikel 7 van het Handvest van de grondrechten van de EU en van artikel 8 van het EVRM (aangezien alle EU-lidstaten bij het EVRM partij zijn en de EU in de toekomst tot het EVRM zal toetreden) en het recht op passende huisvesting van artikel 11 van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (waarbij alle lidstaten partij zijn). Het EHRM legt het recht op huisvesting ruim uit en rekent daartoe ook mobiele woningen zoals caravans of stacaravans, zelfs wanneer die illegaal zijn ge-

130 Autoriteit voor gelijke kansen (Hongarije), zaak nr. 72, april 2008. Engelse samenvatting beschikbaar op FRA InfoPortal, zaak 322-1; Europees Netwerk van juridische deskundigen inzake antidiscriminatie, 8 (juli 2009) *European Anti-Discrimination Law Review*, blz. 49.

131 Hooggerechtshof Zweden, *Escape Bar en Restaurant v. Ombudsman tegen etnische discriminatie* T-2224-07, 1 oktober 2008. Engelse samenvatting beschikbaar op FRA InfoPortal, zaak 365-1; Europees Netwerk van juridische deskundigen inzake antidiscriminatie, 8 (juli 2009) *European Anti-Discrimination Law Review*, blz. 68.

132 Bezirksgericht Döbling (Oostenrijk), GZ 17 C 1597/05f-17, 23 januari 2006. Engelse samenvatting beschikbaar op FRA InfoPortal, zaak 1-1. Originele tekst: http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=1.

133 Hof van beroep (Nîmes) (Frankrijk), *Lenormand v. Balenci*, nr. 08/00907 van 6 november 2008 en Strafkamer van Frans Hof van Cassatie, nrs. M 08-88.017 en 2074 van 7 april 2009. Engelse samenvatting beschikbaar op het Europese Netwerk van juridische deskundigen inzake antidiscriminatie, 9 (december 2009) *European Anti-Discrimination Law Review*, blz. 59.

134 Hof van beroep Svea (Zweden), *Ombudsman tegen Discriminatie op grond van Seksuele Geaardheid v. A.S.*, zaak nr. T-3562-06, 11 februari 2008. Engelse samenvatting beschikbaar op het Europese Netwerk van juridische deskundigen inzake antidiscriminatie, 8 (juli 2009) *European Anti-Discrimination Law Review*, blz. 69.

135 EHvJ, *Kohll v. Union des Caisses de Maladie*, zaak C-158/96, [1998] Jurispr. I-1931, 28 april 1998; EHvJ, *Peerbooms v. Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*, zaak C-157/99 [2001] Jurispr. I-5473, 12 juli 2001; en EHvJ, *Müller Fauré v. Onderlinge Waarborgmaatschappij*, zaak C-385/99 [2003] Jurispr. I-4509, 13 mei 2003.

plaatst.[136] Volgens het Comité inzake economische, sociale en culturele rechten van de VN moet passende huisvesting voldoen aan enkele eisen, zoals: van voldoende kwaliteit zijn om beschutting te bieden tegen de elementen, de culturele voorwaarden van de bewoners weerspiegelen (vandaar de verwijzing naar voertuigen, caravans, kampen en andere tijdelijke structuren), aangesloten zijn op openbare nutsvoorzieningen en sanitaire voorzieningen en bereikbaarheid bieden tot openbare diensten en arbeidsmogelijkheden via een adequate infrastructuur. Het recht op huisvesting dient ook voldoende bescherming te bieden tegen gedwongen uitwijzing of uitwijzing na snelrecht en de huisvesting moet betaalbaar zijn.[137] Deze omschrijving van huisvesting wordt ook gebruikt door het Bureau van de Europese Unie voor de Grondrechten (FRA) in het samenvattend verslag *The State of Roma and Traveller Housing in the European Union: Steps Towards Equality*.[138]

Bij deze benaderingswijze betreft toegang tot huisvesting niet alleen het waarborgen van een gelijke behandeling door openbare of private huiseigenaren en makelaars wanneer ze beslissen eigendommen te verhuren of te verkopen aan bepaalde personen. Dit omvat dan ook het recht op gelijke behandeling in de manier waarop woningen worden toegewezen (zoals toewijzing van woningen van lage kwaliteit of afgelegen woningen aan bepaalde etnische groepen), onderhouden (zoals het niet onderhouden van woningen die door bepaalde groepen worden bewoond) en verhuurd (gebrek aan huurbescherming, hogere huurprijzen of voorschotten voor wie tot een bepaalde groep behoort).

Voorbeeld: in België werd een huiseigenaar strafrechtelijk veroordeeld en werd hem een civielrechtelijke boete opgelegd, omdat hij een woning weigerde te verhuren aan personen van Congolese afkomst. Ondanks positieve referenties van vorige huiseigenaars en een bewijs van voldoende inkomen weigerde de eigenaar de overeenkomst te sluiten omdat hij in het verleden problemen had gehad met buitenlanders op het gebied van betaling.[139]

136 EHRM, *Buckley v. VK* (nr. 20348/92), 25 september 1996.

137 Comité inzake economische, sociale en culturele rechten van de VN, 'General comment No. 4: The right to adequate housing (Art.11 (1))' VN-doc. E/1992/23, 13 december 1991.

138 FRA, *The State of Roma and Traveller Housing in the European Union: Steps Towards Equality*, samenvattend verslag, (Wenen, FRA, maart 2010).

139 Correctionele Rechtbank van Antwerpen (België), beslissing van 7 december 2004. Engelse samenvatting beschikbaar op FRA InfoPortal, zaak 15-1, originele tekst op: http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=15.

3.4.3.1. Het Europees Verdrag in de context van goederen en diensten, met inbegrip van huisvesting

Volgens het EHRM omvat artikel 8 ook zaken die betrekking hebben op activiteiten met mogelijke gevolgen voor het privéleven, met inbegrip van betrekkingen met een economisch en sociaal karakter. Het EHRM hanteert eveneens een ruime opvatting van het recht van eerbiediging van de woning van artikel 8. Zoals opgemerkt gaat het ook om minder 'conventionele' huisvesting zoals caravans en campers. Wanneer de overheid in huisvesting voorziet die in slechte staat verkeert en zo gedurende een langere periode tot ontberingen voor de bewoners leidt, is dit volgens het EHRM ook een geval van onmenselijke behandeling.

Voorbeeld: in de zaak *Moldovan en anderen v. Roemenië (nr. 2)* waren verzoekers uit hun woningen gejaagd, die vervolgens onder zeer traumatische omstandigheden werden afgebroken.[140] De heropbouw van hun huizen verliep erg traag en de tijdelijke huisvesting die werd aangeboden was van zeer slechte kwaliteit. Het EHRM stelde:

'de woonomstandigheden van verzoekers gedurende de afgelopen tien jaar, vooral de ernstig overbevolkte en onhygiënische omgeving en de schadelijke gevolgen voor de gezondheid en het welzijn van verzoekers, in combinatie met de duur van de periode gedurende welke verzoekers in die omstandigheden moesten leven en de algemene houding van de autoriteiten, moeten een aanzienlijk mentaal lijden hebben veroorzaakt waardoor hun menselijke waardigheid werd aangetast, alsmede gevoelens van vernedering en ontering bij hen hebben opgeroepen'.

Deze bevinding, samen met andere factoren, bracht het EHRM ertoe te concluderen dat er sprake was geweest van een vernederende behandeling door schending van artikel 3 van het EVRM, hoewel de bewoordingen van het bovenstaande fragment doen vermoeden dat de omstandigheden tijdens het verblijf alleen al voldoende waren voor deze bevinding.[141]

140 EHRM, *Moldovan en anderen v. Roemenië (nr. 2)* (nrs. 41138/98 en 64320/01), 12 juli 2005.

141 Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat in bepaalde omstandigheden discriminerende behandeling kan overeenkomen met vernederende behandeling. Zie bv. EHRM, *Smith en Grady v. VK* (nrs. 33985/96 en 33986/96), 27 september 1999.

Voorbeeld: in de zaak *Đokić v. Bosnië-Herzegovina* voerde verzoeker aan dat van zijn recht op eigendom schending had plaatsgevonden.[142] Vóór het uiteenvallen van het voormalige Joegoslavië was verzoeker docent op een militaire school en was hij lid van de gewapende strijdkrachten van dat land. Hij kocht een appartement in Sarajevo, maar toen de oorlog in Bosnië-Herzegovina uitbrak en zijn militaire school verhuisde naar het huidige Servië, volgde verzoeker en werd hij lid van de gewapende strijdkrachten van het huidige Servië. Na het conflict weigerden de autoriteiten hem te vergoeden voor zijn eigendom omdat hij had gediend in een buitenlands leger. Op nationaal niveau werd geoordeeld dat dit gerechtvaardigd was op grond van de overweging dat verzoeker een 'ontrouwe' burger was geweest, omdat hij had gediend in een buitenlands leger dat had deelgenomen aan militaire operaties in Bosnië-Herzegovina. Hoewel de zaak niet expliciet op grond van artikel 14 van het EVRM werd behandeld, sprak het EHRM uit dat deze beslissing alleen was genomen op grond van de etniciteit van verzoeker (aangezien dienst doen in een bepaald leger indicatief was voor de etnische afkomst van een persoon), in het bijzonder omdat niet kon worden aangetoond dat verzoeker daadwerkelijk 'ontrouwe' daden had begaan, behalve het formeel lid zijn van dat leger. Door het uitblijven van een vergoeding leidde het gebrek aan compensatie of alternatieve huisvesting tot een onevenredige aantasting van zijn recht op eigendom.

3.4.4. Toegang tot de rechtspraak

Hoewel toegang tot de rechtspraak niet specifiek wordt vermeld in de antidiscriminatierichtlijnen bij de voorbeelden van goederen en diensten, is het denkbaar dat dit binnen het toepassingsgebied valt, voor zover de rechterlijke organisatie een dienst is die door de staat aan het volk wordt geleverd. De antidiscriminatierichtlijnen leggen de lidstaten in elk geval op te voorzien in juridische en/of administratieve procedures, zodat personen hun in de richtlijnen gewaarborgde rechten kunnen afdwingen.[143] Bovendien is het een vast beginsel van het EU-recht dat personen een 'recht op doeltreffende juridische bescherming' hebben voor de

142 EHRM, *Đokić v. Bosnië-Herzegovina* (nr. 6518/04), 27 mei 2010.

143 Artikel 9, lid 1, richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep; artikel 17, lid 1, richtlijn betreffende gelijkheid van mannen en vrouwen (herschikking); artikel 8, lid 1, richtlijn inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot goederen en diensten; artikel 7, lid 1, richtlijn rassengelijkheid.

rechten die zijn afgeleid van het EU-recht.[144] Dus zelfs wanneer 'toegang tot het gerecht' geen deel uitmaakt van 'goederen en diensten', kan wel worden gesteld dat toegang tot het gerecht bestaat als een alleenstaand recht (zonder de behoefte om discriminatie te bewijzen) voor het afdwingen van de richtlijnen zelf.

3.4.4.1. Het Europees verdrag in de context van toegang tot de rechtspraak

Het recht op toegang tot de rechtspraak is een op zichzelf staand recht binnen het EVRM in het kader van het recht op een eerlijk proces van artikel 6. Het EHRM heeft al verschillende zaken behandeld met betrekking tot discriminatie bij toegang tot de rechtspraak.

Voorbeeld: in de zaak *Paraskeva Todorova v. Bulgarije* werd een weigering van een rechtbank om de straf van de verzoeker op te schorten, vergezeld van de opmerking dat dit nodig was om de cultuur van straffeloosheid onder etnische minderheden aan te pakken, beschouwd als een schending van artikel 6 in samenhang met artikel 14.[145]

Voorbeeld: in de zaak *Moldovan en anderen v. Roemenië (nr. 2)*, zie hierboven, werd geoordeeld dat buitensporige vertragingen bij het oplossen van strafrechtelijke en civielrechtelijke zaken (zeven jaar om een eerste uitspraak te doen) een schending van artikel 6 vormde.[146] De vertragingen bleken te wijten te zijn aan een groot aantal procedurefouten, hetgeen samen met de heersende discriminatoire houding van de autoriteiten ten aanzien van de Roma een schending van artikel 6 in samenhang met artikel 14 opleverde.

Voorbeeld: in de zaak *Anakomba Yula v. België* werd geoordeeld dat de nationale wetgeving een schending van artikel 6 in samenhang met artikel 14 inhield, omdat het voor verzoekster onmogelijk was overheidssteun te krijgen voor een vaderschapsbetwisting vanwege het feit dat ze geen Belgische onderdaan was.[147] Dit betekent echter niet dat niet-onderdanen een absoluut

144 Zie bv. EHvJ, *Vassilakis en anderen v. Dimos Kerkyras*, zaak C-364/07 [2008] Jurispr. I-90, 12 juni 2010.; EHvJ, *Sahlstedt en anderen v. Commissie*, zaak C-362/06 [2009] E.C.R. I-2903, 23 april 2009; EHvJ, *Angelidaki en anderen v. Organismos Nomarkhiaki Aftodiikisi Rethimnis*, zaak C-378/07 [2009] E.C.R. I-3071, 23 april 2009.

145 EHRM, *Paraskeva Todorova v. Bulgarije* (nr. 37193/07), 25 maart 2010.

146 EHRM, *Moldovan en anderen v. Roemenië (nr. 2)* (nrs. 41138/98 en 64320/01), 12 juli 2005.

147 EHRM, *Anakomba Yula v. België* (nr. 45413/07), 10 maart 2009, besproken in hoofdstuk 4.7.

recht op overheidssteun hebben. In deze zaak liet het EHRM zich leiden door verschillende factoren, zoals het feit dat verzoekster werd geweigerd omdat ze geen geldige verblijfsvergunning had, ook al was ze op dat moment bezig met de vernieuwing daarvan. Het EHRM wees ook op het feit dat er een verjaringstermijn van een jaar gold voor vaderschapsacties, zodat het niet redelijk was verzoekster te laten wachten tot ze haar vergunning had laten vernieuwen voordat ze een steunaanvraag kon indienen.

3.5. Toepassing van het Verdrag buiten het EU-recht

Naast de in het voorgaande besproken zaken waar bescherming op grond van het EVRM samenvalt met de bescherming op grond van de antidiscriminatierichtlijnen, zijn er belangrijke domeinen waarin het EVRM aanvullende bescherming biedt.

3.5.1. De 'persoonlijke' levenssfeer: privé-, familie- en gezinsleven, adoptie, de woning en het huwelijk[148]

Een van de belangrijke domeinen waarin de EU geen uitgebreide wetgevende bevoegdheden heeft gekregen van de lidstaten is dat van het privé-, familie- en gezinsleven. De zaken met dit thema die voor het EHRM werden gebracht, hadden betrekking op een verschil in behandeling inzake de regelingen voor erfenissen, toegang van gescheiden ouders tot kinderen en vaderschapskwesties.

Zoals hierna en in hoofdstuk 4 besproken, hadden de zaken *Mazurek v. Frankrijk*[149], *Sommerfeld v. Duitsland*[150] en *Rasmussen v. Denemarken*[151] betrekking op een mogelijk verschil in behandeling met betrekking tot de regelgeving inzake erfenissen, toegang van gescheiden ouders tot kinderen en vaderschapskwesties. Artikel 8 is ook van toepassing op adoptiekwesties. De zaak *E.B. v. Frankrijk*, zie hierboven, laat

148 Uitleg over het toepassingsgebied van artikel 8 EVRM is beschikbaar op de RvE-website van de leeromgeving inzake mensenrechten voor juristen: Kilkelly, *The Right to Respect for Private and Family Life*, Human Rights Handbooks, nr. 1, 2001, beschikbaar op: www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=1636.

149 EHRM, *Mazurek v. Frankrijk* (nr. 34406/97), 1 februari 2000.

150 EHRM, *Sommerfeld v. Duitsland* [GC] (nr. 31871/96), 8 juli 2003.

151 EHRM, *Rasmussen v. Denemarken* (nr. 8777/79), 28 november 1984.

ook zien dat adoptie binnen het toepassingsgebied van het EVRM kan vallen, ook al is het recht op adoptie niet in het EVRM opgenomen. Bovendien bepaalt het EHRM het bereik van artikel 8 met verwijzingen naar rechtspraak uit het verleden:

> *'het begrip "privéleven" in de betekenis van artikel 8 van het Verdrag is een ruim concept dat onder meer het recht omvat om relaties tot stand te brengen en te ontwikkelen met andere personen … het recht op "persoonlijke ontwikkeling" … of het recht op zelfbeschikking als zodanig. Het bevat elementen zoals namen … genderidentificatie, seksuele geaardheid en seksleven, die binnen de persoonlijke levenssfeer vallen die wordt beschermd door artikel 8 … en het recht op eerbiediging van zowel de beslissing een kind te krijgen als geen kind te krijgen'.*[152]

Het toepassingsgebied van artikel 8 is dus zeer ruim. Het EVRM heeft ook gevolgen voor andere gebieden, zoals het huwelijk, dat specifiek wordt beschermd in artikel 12.

> Voorbeeld: in de zaak *Muñoz Díaz v. Spanje* was verzoekster volgens de gebruiken van de Roma getrouwd met haar echtgenoot, maar die gebruiken voldeden niet aan de eisen van de nationale wetgeving en het huwelijk was dus niet formeel voltrokken.[153] Toch werd verzoekster door de autoriteiten behandeld alsof ze getrouwd was wat betreft haar identiteitsdocumenten, overheidsuitkeringen en de gegevens in haar 'gezinsboekje'. Na het overlijden van haar echtgenoot wilde verzoekster een nabestaandenpensioen aanvragen bij de overheid, maar dat werd haar geweigerd omdat haar huwelijk niet geldig was voor de nationale wet. Het EHRM oordeelde dat de staat verzoekster altijd had behandeld alsof haar huwelijk geldig was en dat ze zich dus in een vergelijkbare situatie bevond met andere echtgenotes 'te goeder trouw' (niet rechtsgeldig getrouwd wegens technische redenen, maar wel in de overtuiging dat ze het waren), die wel recht zouden hebben op een nabestaandenpensioen. Hoewel het EHRM oordeelde dat er geen discriminatie had plaatsgevonden door te weigeren het huwelijk te erkennen (rekening houdend met artikelen 12 en 14), was er wel discriminatie in de weigering verzoekster op dezelfde manier te behandelen als andere echtgenotes te goeder trouw en het pensioen toe te kennen (rekening houdend met protocol 1, artikel 1 in combinatie met artikel 14).

152 EHRM, *E.B. v. Frankrijk* [GC] (nr. 43546/02), 22 januari 2008, para. 43.

153 EHRM, *Muñoz Díaz v. Spanje* (nr. 49151/07), 8 december 2009.

Met andere woorden, hoewel bescherming van de kern van menselijke waardigheid doorgaans een engere beoordelingsmarge door het EHRM vereist, moest dit worden afgewogen tegen de bescherming van anderen in een kwetsbare positie waarvan de rechten misbruikt kunnen worden.

Voorbeeld: de zaak *Sommerfeld v. Duitsland* ging over een Duitse wet die de toegang van een vader tot zijn kind regelt.[154] De nationale wetgeving bepaalt dat bij ongehuwde ouders de moeder de mogelijkheid had de vader toegang tot zijn kind te ontzeggen. In dat geval moest de vader een verzoek indienen bij een rechtbank om de weigering ongedaan te maken. De overheid vond dat de wet niet discriminerend was omdat vervreemde vaders doorgaans weinig interesse toonden in hun kinderen. Het EHRM vond dat de beoordelingsmarge van de staat beperkt was als het ging om het recht van toegang van ouders tot hun kinderen. Het stelde bovendien dat 'er sprake moet zijn van zeer zwaarwegende redenen voordat een verschil in behandeling op grond van geboorte buiten of binnen het huwelijk verenigbaar is met het EVRM [...] Hetzelfde geldt voor een verschil in de behandeling van de vader van een kind dat geboren is binnen een relatie waarbij de partners samenwoonden buiten het huwelijk ten opzichte van de vader van een kind dat binnen een huwelijk is geboren.' Het EHRM oordeelde dat de uitleg van de overheid onvoldoende was om het verschil in behandeling te rechtvaardigen.

In de bovenstaande zaken oordeelde het EHRM dat de belangen van de vader hand in hand gingen met die van het kind – het was dus in het belang van het kind om contact te hebben met de vader. Wanneer echter de belangen van het kind zouden kunnen botsen met die van de vader, wordt aan de staat een ruime beoordelingsmarge toegekend om te bepalen hoe het kind zo goed mogelijk kan worden beschermd.

Voorbeeld: in de zaak *Rasmussen v. Denemarken* klaagde een vader over een wettelijke verjaringstermijn waardoor hij het vaderschap niet kon aanvechten.[155] Het EHRM oordeelde dat dit een vorm van verschil in behandeling was op grond van geslacht, maar wel gerechtvaardigd was. Het streefde het legitieme

154 EHRM, *Sommerfeld v. Duitsland* [GC] (nr. 31871/96), 8 juli 2003, para. 93. Over soortgelijke feiten: EHRM, *Sahin v. Duitsland* [GC] (nr. 30943/96), 8 juli 2003. Zie ook EHRM, *Mazurek v. Frankrijk* (nr. 34406/97), 1 februari 2000, ook over de verschillende behandeling van kinderen die zijn geboren buiten het huwelijk, besproken in hoofdstuk 4 (beschermde criteria).

155 EHRM, *Rasmussen v. Denemarken* (nr. 8777/79), 28 november 1984.

doel na om het kind veiligheid en zekerheid te beiden over zijn status door te verhinderen dat vaders misbruik zouden maken van de mogelijkheid het vaderschap nadien aan te vechten. Aangezien er maar weinig uniformiteit was in de aanpak van deze kwestie tussen de lidstaten van het EVRM onderling, kende het EHRM aan de staat een ruime beslissingsbevoegdheid toe en oordeelde het dat het verschil in behandeling was gerechtvaardigd.

De zaak *E.B. v. Frankrijk*, zie hierboven, geeft ook aan dat adoptie binnen het toepassingsgebied kan vallen van het EVRM, zelfs wanneer het recht op adoptie niet in het EVRM is opgenomen. Daarnaast bepaalt het EHRM het bereik van artikel 8 met verwijzingen naar rechtspraak uit het verleden:

> *'het begrip "privéleven" in de betekenis van artikel 8 van het Verdrag is een ruim concept dat onder meer het recht omvat om relaties tot stand te brengen en te ontwikkelen met andere personen … het recht op "persoonlijke ontwikkeling" … of het recht op zelfbeschikking als dusdanig. Het bevat elementen zoals namen … genderidentificatie, seksuele geaardheid en seksleven, die binnen de persoonlijke levenssfeer vallen die wordt beschermd door artikel 8 … en het recht op respect voor zowel de beslissing om een kind te krijgen als geen kind te krijgen'*[156]

3.5.2. Politieke participatie: vrijheid van meningsuiting, vergadering en vereniging, vrije verkiezingen

Een van de belangrijkste doelstellingen van de Raad van Europa is het bevorderen van democratie. Dit wordt weerspiegeld in veel van de rechten in het EVRM die politieke participatie bevorderen. Terwijl het EU-recht een beperkt aantal rechten erkent op dit gebied (met name het recht voor EU-onderdanen te stemmen bij verkiezingen voor de gemeenteraad en het Europees Parlement), bevat het EVRM meer garanties waarbij niet alleen een recht te stemmen en zich verkiesbaar te stellen wordt erkend, maar ook rechten zoals de vrijheid van meningsuiting en het recht op vrijheid van vergadering en vereniging.

Voorbeeld: in de zaak *Bączkowski en anderen v. Polen*, zie ook hierboven, werd het recht op vrijheid van vergadering (artikel 11) geschonden in samenhang met

156 EHRM, *E.B. v. Frankrijk* [GC] (nr. 43546/02), 22 januari 2008, para. 43.

artikel 14 door geen toestemming te geven voor een mars om mensen bewust te maken over discriminatie op grond van seksuele geaardheid, gekoppeld aan publieke homofobe opmerkingen door de burgemeester.[157]

Onder het recht op vrijheid van vereniging wordt ook bescherming bij de oprichting van politieke partijen verstaan, wat door het EHRM zeer sterk wordt beschermd.[158] Zoals opgemerkt in hoofdstuk 4, paragraaf 8, wordt ook elke inmenging inzake het recht op vrije meningsuiting tijdens politieke debatten nauwlettend gevolgd.[159]

3.5.3. Rechtshandhaving

Naast het waarborgen van het materiële recht op leven (artikel 2) en vrijwaring van foltering, onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing (artikel 3), scheppen deze artikelen ook de verplichting voor de staat omstandigheden te onderzoeken waarbij dodelijke slachtoffers vielen of een dergelijke behandeling zich heeft voorgedaan. In de zaken *Nachova en anderen*en *Turan Cakir* stelde het EHRM dat het daarbij gaat om de specifieke taak om een onderzoek te voeren naar mogelijk racistische motieven achter schendingen van de artikelen 2 en 3, en dat het nalaten hiervan zou worden beschouwd als een schending van die artikelen in samenhang met artikel 14.[160]

Voorbeeld: in de zaak *Turan Cakir v. België* klaagde verzoeker over politiegeweld tijdens zijn arrestatie wat leidde tot ernstige en langdurige verwondingen, alsmede over bedreigingen en racistische beledigingen.[161] Het EHRM oordeelde dat het gebruikte geweld een schending vormde van het recht gevrijwaard te blijven van onmenselijke en vernederende behandeling (krachtens artikel 3 van het EVRM). Het Hof oordeelde ook dat de staat had nagelaten om de klachten van verzoeker over mishandeling afdoende te onderzoeken en dat dit een schending inhield van de procedurele verplichtingen van de staat krachtens hetzelfde artikel. Het oordeelde ook dat het feit dat de zaak niet werd onderzocht een schending opleverde van artikel 3 in samenhang met het recht op vrijwaring van discriminatie, omdat de staat verplicht was niet alleen

157 EHRM, *Bączkowski en anderen v. Polen* (nr. 1543/06), 3 mei 2007.

158 Bijvoorbeeld EHRM, *Socialist Party en anderen v. Turkije* (nr. 21237/93), 25 mei 1998.

159 EHRM, *Castells v. Spanje* (nr. 11798/85), 23 april 1992.

160 EHRM, *Nachova en anderen v. Bulgarije* [GC] (nrs. 43577/98 en 43579/98), 6 juli 2005; EHRM, *Turan Cakir v. België* (nr. 44256/06), 10 maart 2009; tevens EHRM, *Šečić v. Kroatië* (nr. 40116/02), 31 mei 2007.

161 EHRM, *Turan Cakir v. België* (nr. 44256/06), 10 maart 2009.

beschuldigingen van mishandeling te onderzoeken, maar ook beschuldigingen dat de mishandeling op zich discriminerend was en ingegeven door racisme.

Voorbeeld: de zaak *Nachova en anderen v. Bulgarije* ging over twee Romamannen die werden doodgeschoten terwijl ze op de vlucht waren voor de militaire politie die hen wilde arresteren wegens afwezigheid zonder verlof.[162] Op het moment van het incident riep de officier die de slachtoffers neerschoot 'verdomde zigeuners' naar een buurman. Het EHRM oordeelde dat de staat het recht op leven (van artikel 2 van het EVRM) van de slachtoffers had geschonden, niet alleen materieel, maar ook procedureel omdat het de sterfgevallen niet voldoende had onderzocht. Volgens het Hof vormde het feit dat de staat had nagelaten een onderzoek in te stellen ook een schending van artikel 2 in samenhang met het recht gevrijwaard te blijven van discriminatie, aangezien het de plicht is van de staat mogelijk discriminerende motieven specifiek te onderzoeken.

Hoewel het in deze zaken ging om daden van overheidspersoneel, moet de staat ook tussenbeide komen om slachtoffers van misdrijven te beschermen en vervolgens de feiten te onderzoeken wanneer het gaat om daden van privépersonen.

Voorbeeld: in de zaak *Leden van de congregatie van Jehova's getuigen van Gldani en anderen v. Georgië*[163], werd een groep Jehova's getuigen aangevallen door een ultraorthodoxe groep. Hoewel de politie op de hoogte was, kwam ze niet tussenbeide om het geweld te voorkomen. Het daaropvolgende onderzoek werd gestaakt nadat de politie had verklaard dat het niet mogelijk was de identiteit van de overtreders te achterhalen. Het EHRM oordeelde dat het nalaten van de politie om tussenbeide te komen om de slachtoffers te beschermen tegen raciaal geweld en het daaropvolgend gebrek aan een correct onderzoek een schending inhield van artikel 3 (het recht niet te worden onderworpen aan onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen) en artikel 9 (het recht op vrijheid van godsdienst) in samenhang met artikel 14, aangezien het geweld religieuze achtergronden had.

Het lijkt erop dat in de regelgeving van de EU soortgelijke verplichtingen zouden kunnen opgenomen in de context van het Kaderbesluit van de Raad inzake de

162 EHRM, *Nachova en anderen v. Bulgarije* [GC] (nrs. 43577/98 en 43579/98), 6 juli 2005.

163 EHRM, *Leden van de congregatie van Jehova's getuigen van Gldani en anderen v. Georgië* (nr. 71156/01), 3 mei 2007.

bestrijding van bepaalde vormen en uitingen van racisme en vreemdelingenhaat door middel van het strafrecht (besproken in hoofdstuk 4.6).[164] Het Kaderbesluit legt echter zelf geen specifieke verplichting op te onderzoeken of er racistische motieven aanwezig zijn bij overtredingen tegen personen.

3.5.4. Strafrecht

Naast de onderwerpen in 3.5.3 die betrekking hebben op rechtshandhaving, behandelt het EVRM ook strafrechtelijke thema's voor verschillende rechten, zoals het recht op een eerlijk proces, het recht op vrijwaring van willekeurige opsluiting, het verbod van bestraffing met terugwerkende kracht en van dubbele strafvervolging, het recht op leven en het recht gevrijwaard te blijven van onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing.

Voorbeeld: in de zaak *Opuz v. Turkije* stelde het EHRM indirecte discriminatie vast op grond van geslacht, in combinatie met het recht op leven en om gevrijwaard te blijven van onmenselijke of vernederende behandeling, aangezien de politie en de rechtbank hadden nagelaten om de wet inzake huishoudelijk geweld te handhaven.[165]

Voorbeeld: in de zaken *D.G. v. Ierland* en *Bouamar v. België* (besproken in hoofdstuk 4.5) waren verzoekers in hechtenis genomen door de nationale autoriteiten.[166] Het EHRM oordeelde hier dat, ondanks de schending van het recht op vrijheid, er geen discriminatie had plaatsgevonden omdat het verschil in behandeling werd gerechtvaardigd in het belang van de bescherming van minderjarigen.

164 Kaderbesluit 2008/913/JHA van de Raad van 28 november 2008 inzake de bestrijding van bepaalde vormen en uitingen van racisme en vreemdelingenhaat door middel van het strafrecht, PB L 328 van 6.12.2008, blz. 55. Opgemerkt zij dat het EHRM aanvaardt dat het aanzetten tot discriminatie, haat en geweld ten aanzien van een groep mensen op grond van hun afkomst of het (niet) behoren tot een specifieke etnische groep, natie, ras of godsdienst een specifieke beperking is van de vrije meningsuiting die wordt beschermd door het EVRM. Zie bv. EHRM *Le Pen v. Frankrijk* (dec.) (nr. 18788/09), 20 april 2010; EHRM *Féret v. België* (nr. 15615/07), 16 juli 2009; EHRM *Willem v. Frankrijk*, (nr. 10883/05), 16 juli 2009; en EHRM *Balsytė-Lideikienė v. Litouwen* (nr. 72596/01), 4 november 2008.

165 EHRM, *Opuz v. Turkije* (nr. 33401/02), 9 juni 2009.

166 EHRM, *D.G. v. Ierland* (nr. 39474/98), 16 mei 2002; EHRM, *Bouamar v. België* (nr. 9106/80), 29 februari 1988.

Belangrijkste punten

- De antidiscriminatierichtlijnen van de EU bieden alleen bescherming voor burgers van een EU-lidstaat, terwijl het EVRM bescherming biedt voor iedereen die zich binnen het rechtsgebied van een deelnemend land bevindt.
- Onderdanen van derde landen hebben ook het recht op een gelijke manier behandeld te worden op dezelfde gebieden als beschreven door de antidiscriminatierichtlijnen van de EU, indien ze kunnen worden beschouwd als 'langdurig ingezetenen' volgens de richtlijn inzake onderdanen van derde landen.
- Als onderdanen uit derde landen niet als 'langdurig ingezetenen' kunnen worden beschouwd, genieten ze beperkte bescherming op grond van de antidiscriminatierichtlijnen:
    - op grond van seksuele geaardheid, leeftijd, handicap of godsdienst of overtuiging bij hun recht op toegang tot beroepsopleiding en hun arbeidsomstandigheden. Ze hebben echter niet dezelfde rechten inzake toegang tot arbeid;
    - op grond van de richtlijn inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot goederen en diensten en de richtlijn betreffende gelijkheid van mannen en vrouwen (herschikking), genieten onderdanen van derde landen bescherming tegen discriminatie op grond van geslacht bij hun toegang tot arbeid en tot goederen en diensten.
- De bescherming tegen discriminatie op grond van de EU-antidiscriminatierichtlijnen varieert:
    - ras en etnische afkomst kennen de meeste bescherming, ze zijn beschermd inzake toegang tot arbeid, het welzijnsstelsel en goederen en diensten;
    - discriminatie op grond van geslacht is verboden op het gebied van de toegang tot arbeid, sociale zekerheid (wat beperkter is dan het uitgebreidere begrip welzijnsstelsel) en goederen en diensten;
    - seksuele geaardheid, handicap, godsdienst of overtuiging en leeftijd worden thans alleen beschermd op het gebied van toegang tot arbeid.
- Het EVRM bevat een open lijst met beschermingsgronden. Eenieder kan zich op het EVRM beroepen bij de nationale overheden, rechterlijke instanties en, indien nodig, het EHRM.
- Wanneer het EHRM te maken krijgt met een klacht van discriminatie, kan het die klacht onderzoeken volgens het materiële recht of het materiële recht in samenhang met artikel 14.
- Een klacht kan niet worden onderzocht op grond van alleen artikel 14, maar moet worden behandeld in samenhang met een van de materiële rechten van het EVRM. Het volstaat dat de klacht in brede zin betrekking heeft op het gebied waaronder het desbetreffende recht valt.

- Protocol 12 van het EVRM schept een op zichzelf staand recht op non-discriminatie. Het heeft betrekking op elk recht dat is ontstaan uit of wordt afgeleid van nationale wetgeving of praktijken, en de definitie van 'discriminatie' is gelijk aan die van artikel 14.
- De benaderingswijze van het EHvJ is de toepassingsgebieden zeer ruim te nemen, teneinde de rechten van personen in het EU-recht zo goed mogelijk te waarborgen.
- Het toepassingsgebied van het EVRM, zowel op het gebied van de materiële rechten als de manier waarop die worden geïnterpreteerd bij de toepassing van artikel 14, is zeer ruim in vergelijking met de antidiscriminatierichtlijnen van de EU.
- Belangrijke domeinen die buiten het bereik van de antidiscriminatierichtlijnen vallen, en grotendeels buiten de bevoegdheden van de EU (en daarmee buiten het Handvest van de grondrechten), betreffen het privé-, familie- en gezinsleven, rechten in verband met politieke participatie en strafrechtelijke zaken.
- Het is daarom van groot belang dat slachtoffers van discriminatie bij het opstellen van hun klacht voor een procedure zorgvuldig nagaan of hun klacht binnen het toepassingsgebied van de antidiscriminatierichtlijnen of van het EVRM valt.

Aanbevolen literatuur

Bell, 'Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive', 8.3 *European Law Journal* (2002) 384.

Boccadoro, 'Housing Rights and Racial Discrimination', in Europees Netwerk van juridische deskundigen inzake antidiscriminatie, 9 *European Anti-Discrimination Law Review* (december 2009), blz. 21.

Brosius-Gersdorf, 'Ungleichbehandlung von Imam-Ehe und Zivilehe bei der Gewährung von Sozialversicherungsleistungen in der Türkei aus völkerrechtlicher Sicht: der Fall Serfie Yigit vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte', *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (2009).

Cousins, 'The European Convention on Human Rights and Social Security Law', 10.1 *Human Rights Law Review* (2010) 191.

Edel, *The prohibition of discrimination under the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files, nr. 22, 2010.

Equinet, *Combating Discrimination in Goods and Services* (Equinet, 2004).

ERRC/Interights/MPG, *Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice* (Nottingham, Russell Press, 2004), annex 5.c.

Kapuy, 'Social Security and the European Convention on Human Rights: How an Odd Couple has Become Presentable', 9.3 *European Journal of Social Security* (2007) 221.

Sanchez-Rodas Navarro, 'El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al rito gitano', 18 *Aranzadi Social* (2009).

Sudre (ed.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme: actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007* (Brussel: Bruylant/Nemesis, 2008).

4

Beschermingsgronden

4.1. Inleiding

In de antidiscriminatierichtlijnen van de EU zijn bepaalde beschermingsgronden vastgelegd die een verbod van verschil in behandeling inhouden, in een limitatieve opsomming: geslacht (richtlijn gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot goederen en diensten, richtlijn betreffende gelijkheid van mannen en vrouwen (herschikking)), seksuele geaardheid, handicap, leeftijd, godsdienst of overtuiging (richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep), ras of etnische afstamming (richtlijn rassengelijkheid). Het EVRM kent daarentegen een niet-limitatieve opsomming die overeenkomt met de richtlijnen, maar verder gaat. Artikel 14 stelt dat er geen discriminatie mag zijn op gronden als geslacht, ras, huidskleur, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, eigendom, geboorte of andere status. Via de categorie 'andere status' heeft het EHRM (onder meer) beschermingsgronden kunnen opnemen die uitdrukkelijk worden beschermd door de antidiscriminatierichtlijnen, te weten handicap, leeftijd en seksuele geaardheid.

In hoofdstuk 1 is opgemerkt dat artikel 21 van het Handvest van de Grondrechten van de EU ook een verbod van discriminatie bevat. Het Handvest is bindend voor de instellingen van de Europese Unie, maar geldt ook voor de lidstaten wanneer zij EU-recht interpreteren en toepassen. De bepaling in het Handvest omtrent discriminatie bevat een combinatie van

Een 'beschermingsgrond' betreft een kenmerk van een individu dat geen reden mag zijn voor verschil in behandeling of bij het verkrijgen van een bepaald voordeel.

zowel de criteria van het EVRM als de antidiscriminatierichtlijnen, hoewel de open categorie 'andere status' er niet in voorkomt.

4.2. Geslacht

Discriminatie op grond van geslacht spreekt voor zich, in die zin dat het gaat om discriminatie wegens het feit dat een individu een vrouw of een man is. Dit is het meest ontwikkelde aspect van het sociale beleid van de EU en het wordt al geruime tijd als een fundamenteel recht beschouwd. De ontwikkeling van deze beschermgrond was tweeledig. Ten eerste was er sprake van een economisch doel, omdat verstoorde concurrentie in een steeds verder geïntegreerde markt erdoor werd verdreven; ten tweede leverde het op politiek niveau een bijdrage aan de Gemeenschap, gericht op sociale vooruitgang en verbetering van leef- en werkomstandigheden. Om die reden is de bescherming tegen discriminatie op grond van geslacht altijd een fundamentele functie van de Europese Unie geweest en gebleven. De aanvaarding van het sociale en economische belang van gelijke behandeling werd verder verankerd door de centrale plaats die eraan werd toegekend in het Handvest van de Grondrechten van de EU. Tegelijkertijd heeft de bescherming tegen discriminatie op grond van geslacht van het EVRM een goede ontwikkeling doorgemaakt.

Gevallen van discriminatie op grond van geslacht betreffen veelal vrouwen die minder gunstig worden behandeld dan mannen, maar dat is niet altijd het geval.

> Voorbeeld: in het geval van *Defrenne v. Sabena* stelde verzoekster dat zij minder betaald werd dan haar mannelijke collega's, terwijl ze dezelfde taken uitvoerde.[167] Het EHvJ stelde dat dit een duidelijk geval was van discriminatie op grond van geslacht. Met deze beslissing onderstreepte het zowel de economische als de sociale dimensie van de Unie, alsmede dat non-discriminatie ertoe bijdraagt dat de EU haar doelstellingen in deze verwezenlijkt.

In de zaak *Bilka*, zie hierboven, kreeg het EHvJ te maken met een geval van ongelijke behandeling waarbij deeltijdwerkers werden uitgesloten van een bedrijfspensioenregeling. De werkgever rechtvaardigde dat uit managementoverwegingen en wees er op dat voltijds werken werd aangemoedigd om voldoende personeelsbezetting te garanderen. In dit geval vermeldde het Hof van Justitie niet uitdrukke-

167 EHvJ, *Defrenne v. Sabena,* zaak 43/75 [1976] Jurispr. 455, 8 april 1976.

lijk of het een dergelijke maatregel in verhouding achtte tot de gelden nadelen. Het Hof was evenwel meer expliciet in de volgende zaak.

Voorbeeld: in de zaak *Hill and Stapleton* had de overheid een systeem van duobanen voor het ambtelijk apparaat ingevoerd, waarbij een functie tijdelijk kon worden gedeeld door twee personen, die elk 50% van de voltijdse uren werkten en 50% van het normale salaris ontvingen.[168] Werknemers hadden het recht vervolgens waar mogelijk terug te keren naar hun voltijdse functie. De regelingen stelden voltijds werkende personen in staat één trap per jaar op de loonschaal te stijgen. Personen met een duobaan konden echter maar half zo snel stijgen op de loonschaal, dus één trap per twee jaar in een duobaan. De twee verzoekers in deze zaak keerden naar hun voltijdse functie terug en dienden een klacht in tegen de manier waarop de stijging op de loonschaal op hen werd toegepast. Het EHvJ stelde dat hier sprake was van indirecte discriminatie op grond van geslacht, aangezien vooral vrouwen deelnamen aan duobanen. De overheid argumenteerde dat het verschil in behandeling gerechtvaardigd was, omdat het gebaseerd was op het beginsel van loonstijging in verhouding tot de werkelijke duur van de loopbaan. Het Hof vond dat deze veronderstelling niet op objectieve criteria was gebaseerd (want er was geen bewijs dat de duur van de loopbaan van anderen werd berekend op basis van werkelijk gepresteerde uren). Het Hof herinnerde eraan dat 'een werkgever discriminatie die het gevolg is van een systeem van tweelingbanen, niet kan rechtvaardigen op de enkele grond dat het vermijden van die discriminatie hogere kosten voor hem zou meebrengen.'

Het lijkt er derhalve op dat het Hof van Justitie niet zomaar rechtvaardigingen van discriminatoire behandeling op grond van geslacht zal aanvaarden als die louter op financiële of organisatorische overwegingen van werkgevers gebaseerd zijn.

Voorbeeld: in de zaak *Ünal Tekeli v. Turkije* klaagde verzoekster dat de nationale wet een vrouw verplichtte de naam van haar man over te nemen bij het huwelijk.[169] Hoewel de wet toeliet dat een vrouw haar meisjesnaam behield naast de naam van haar echtgenoot, stelde het EHRM dat dit discrimina-

168 EHvJ, *Hill en Stapleton v. The Revenue Commissioners en Department of Finance*, zaak C-243/95 [1998] Jurispr. I-3739, 17 juni 1998.

169 EHRM, *Ünal Tekeli v. Turkije* (nr. 29865/96), 16 november 2004.

tie op grond van geslacht was, omdat de nationale wet een echtgenoot niet verplichtte zijn familienaam te wijzigen.

Voorbeeld: in de zaak *Zarb Adami v. Malta* klaagde verzoeker dat het opgeroepen worden voor jurydeelname discriminerend was, omdat de manier waarop jurylijsten werden samengesteld inherent betekende dat mannen een grotere kans hadden opgeroepen te worden.[170] Uit cijfers bleek dat meer dan 95% van de juryleden in een periode van vijf jaar mannen waren en het EHRM stelde dat dit neerkwam op discriminatie aangezien mannen en vrouwen in een vergelijkbare situatie verkeren wat hun burgerplicht betreft.

Het concept 'geslacht' is ook al gebruikt in situaties waarin een discriminatoire behandeling in abstractere zin verband houdt met 'geslacht', om enige bescherming van genderidentiteit mogelijk te maken.

Genderidentiteit verwijst naar 'de diepe beleving die elk individu intern heeft van zijn/haar geslacht, al dan niet in overeenstemming met het geslacht toegewezen bij de geboorte, inclusief de persoonlijke beleving van het lichaam (eventueel met inbegrip van wijziging, weliswaar vrij gekozen, van het uitzicht of de functie van het lichaam door medische, chirurgische of andere ingrepen) en andere uitingen van geslacht, inclusief kleding, manieren van spreken en gedragingen'.[171]

De breed aanvaarde definitie van genderidentiteit omvat dus niet alleen degenen die een geslachtsverandering ondergaan ('transseksuelen'), maar ook degenen die andere manieren kiezen om hun geslacht tot uitdrukking te laten komen, zoals transvestitisme, of degenen die eenvoudigweg een manier van spreken hebben of cosmetica gebruiken die gewoonlijk met het andere geslacht worden geassocieerd.

Ingevolge de zaak *P v. S en Cornwall County Council* omvat de beschermingsgrond 'geslacht' in de antidiscriminatierichtlijnen ook discriminatie van een persoon omdat hij/zij 'van plan is een geslachtsoperatie te ondergaan of een geslachtsoperatie heeft ondergaan'. Het lijkt er dan ook op dat 'geslacht', zoals in het EU-recht geconstrueerd, genderidentiteit slechts in beperkte zin beschermt.

170 EHRM, *Zarb Adami v. Malta* (nr. 17209/02), 20 juni 2006.

171 Deze algemeen aanvaarde definitie komt uit 'Yogyakarta-beginselen voor de toepassing van mensenrechten met betrekking tot seksuele geaardheid en geslachtidentiteit', maart 2007, beschikbaar op: www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm. Deze beginselen werden goedgekeurd door een onafhankelijke groep deskundigen op het gebied van internationale wetgeving inzake mensenrechten.

Voorbeeld: de zaak *K.B. v. NHS Pensions Agency* betrof het feit dat de transseksuele partner van KB een weduwnaarspensioen werd geweigerd.[172] Deze weigering was gebaseerd op het feit dat het transseksuele paar niet kon voldoen aan de eis van getrouwd-zijn; transseksuelen konden destijds volgens de Engelse wet niet trouwen.

In dit geval was het EHvJ van oordeel dat er geen sprake was van discriminatie op grond van geslacht, omdat er bij de bepaling van wie recht had op het overlevendenpensioen geen sprake was van een minder gunstige behandeling op grond van het vrouw- dan wel man-zijn. Vervolgens bekeek het Hof de kwestie echter uit een ander oogpunt. Het richtte zijn aandacht op het huwelijk. Er werd benadrukt dat transseksuelen niet mochten trouwen en dus nooit het pensioen van de overledene konden krijgen, maar heteroseksuelen wel. Daarbij werd ook de zaak *Christine Goodwin* (EHRM) in overweging genomen.[173] Op grond van die overwegingen meende het Hof dat de desbetreffende Britse wetgeving zich niet verdroeg met het beginsel van gelijke behandeling, omdat transseksuelen geen deel van de uitkering van hun partner konden krijgen.

Voorbeeld: soortgelijke overwegingen werden gedaan in de zaak *Richards*.[174] Richards werd als man geboren, maar onderging een geslachtsoperatie. De zaak draaide rond het recht op een staatspensioen in het Verenigd Koninkrijk en destijds kregen vrouwen hun staatspensioen bij het bereiken van de leeftijd van 60 jaar, mannen bij 65 jaar. Toen Richards op de leeftijd van 60 jaar haar staatspensioen aanvroeg, werd dat geweigerd met de uitleg dat de wet haar erkende als man en zij dus geen staatspensioen kon aanvragen alvorens zij de leeftijd van 65 jaar had bereikt. Het Hof stelde dat dit ongelijke behandeling was op grond van haar geslachtsverandering en derhalve werd dit beschouwd als discriminatie, in strijd met artikel 4, lid 1, van de richtlijn betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid.[175]

172 EHvJ, *K.B. v. NHS Pensions Agency*, zaak C-117/01 [2004] Jurispr. I-541, 7 januari 2004.

173 EHRM, *Christine Goodwin v. VK*, [GC] (nr. 28957/95), 11 juli 2002.

174 EHvJ, *Richards v. Secretary of State for Work and Pensions*, zaak C-423/04 [2006] Jurispr. I-3585, 27 april 2006.

175 Richtlijn 79/7/EEG van de Raad van 19 december 1978 betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid, PB L6, 10 januari 1979, blz. 24.

Het EHRM heeft tot nu toe nog niet de gelegenheid gehad zich uit te spreken over de vraag of genderidentiteit als beschermingsgrond onder artikel 14 valt en heeft nog niet kunnen aangeven of het dan alleen om 'transseksuelen' gaat, dan wel of het genderidentiteit ruimer zou interpreteren. Daarmee is niet gezegd dat het EHRM nog nooit in aanraking is geweest met genderidentiteit. Zo heeft het EHRM bepaald dat genderidentiteit, net als seksuele geaardheid, deel uitmaakt van het privéleven van een individu en daarom dus vrij moet zijn van overheidsinmenging.

Voorbeeld: de zaak *Christine Goodwin v. VK* en *I v. VK* betrof ongeveer dezelfde feiten.[176] Verzoeksters, die beiden een geslachtsoperatie van man naar vrouw hadden ondergaan, stelden dat de overheid weigerde toe te staan hun geboorteakte aan te passen. Hoewel andere documenten en de naam van verzoekster konden worden veranderd, werden geboorteakten nog altijd gebruikt voor bepaalde doeleinden waarbij het geslacht juridisch relevant was, zoals werk of het pensioen. Verzoekster zou dus telkens in verlegenheid worden gebracht wanneer zij haar wettelijk erkende oorspronkelijke mannelijke identiteit moest onthullen. Het EHRM besliste (en kwam daarmee terug op eerdere rechtspraak) dat dit neerkwam op een schending van het recht op eerbiediging van privéleven en het recht om te trouwen van artikel 12, maar bekeek verder niet of artikel 14 al dan niet was geschonden.

Voorbeeld: in de zaak *Van Kück* had verzoekster een geslachtsoperatie ondergaan en een hormonenbehandeling gevolgd, maar haar ziektekostenverzekering weigerde de gemaakte kosten te vergoeden.[177] Het Duitse hof van beroep behandelde de klacht van verzoekster tegen haar verzekeraar en oordeelde dat de medische ingrepen niet als noodzakelijk konden worden beschouwd in de zin van de definities van de ziektekostenverzekering en dat verzoekster dus geen recht had op vergoeding. Het EHRM vond echter, gezien de aard van genderidentiteit en de ernst van een beslissing om onomkeerbare medische ingrepen te ondergaan, dat de nationale rechterlijke instantie enerzijds niet had gezorgd voor een eerlijk proces voor de verzoekster, een schending van artikel 6 van het EVRM, en dat anderzijds het recht op eerbiediging van privéleven van artikel 8 van het EVRM was geschonden. Het EHRM onderzocht verder evenwel niet of er schending van artikel 14 had plaatsgevonden, aangezien nagenoeg dezelfde feiten ter discussie stonden.

176 EHRM, *Christine Goodwin v. VK*, [GC] (nr. 28957/95), 11 juli 2002l; EHRM, *I v. VK* [GC] (nr. 25680/94), 11 juli 2002, para. 26. Tevens EHRM, *L v. Litouwen* (nr. 27527/03), 11 september 2007.

177 EHRM, *Van Kück v. Duitsland* (nr. 35968/97), 12 juni 2003, paragrafen 30, 90-91.

Over het algemeen lijkt het erop dat de wetgeving rond de beschermingsgrond 'genderidentiteit' nog verduidelijking behoeft, zowel op Europees als op nationaal niveau. Recent onderzoek van nationale wetgeving op dit gebied toont aan dat er in Europa geen consistente benaderingswijze is en dat de lidstaten min of meer in twee groepen verdeeld zijn: of wordt 'genderidentiteit' benaderd als onderdeel van 'seksuele geaardheid', of als onderdeel van 'discriminatie op grond van geslacht'.[178]

Een reeks zaken omtrent verschil in behandeling op grond van geslacht in het kader van de pensioenleeftijd toont aan dat het EHRM de staat een brede beoordelingsmarge toekent wat fiscaal en sociaal beleid betreft.[179]

Voorbeeld: in de zaak *Stec en anderen v. VK* klaagden verzoekers dat zij elk, als gevolg van verschillende pensioengerechtigde leeftijden voor mannen en vrouwen, werden benadeeld door de wijziging van de te ontvangen uitkeringen, die werden berekend aan de hand van de pensioengerechtigde leeftijd.[180] Het EHRM vond dat discriminatie op grond van geslacht in beginsel alleen kon worden gerechtvaardigd als er 'zeer zwaarwegende redenen' voor waren. Maar 'het ECHR kent gewoonlijk een ruime marge toe aan de staat wat algemene maatregelen van economisch of sociaal beleid betreft … Gezien hun rechtstreekse kennis van de samenleving en de behoeften, zijn de nationale overheden in beginsel beter dan de internationale rechter in staat om een afweging van het algemene belang van sociale of economische gronden te maken, en het Hof zal de beleidskeuze van de nationale wetgever doorgaans respecteren, tenzij die … duidelijk geen redelijke grond heeft'. Het EHRM vond dat de verschillende pensioengerechtigde leeftijden door hun aard in feite een soort 'speciale maatregelen' waren, omdat ze bedoeld waren ter compensatie van de financiële moeilijkheden die vrouwen konden ervaren vanwege hun traditionele rol in het huishouden, waardoor ze geen onafhankelijk inkomen hadden. Er werd vastgesteld dat de overheid een aanvang had gemaakt met geleidelijke veranderingen om de pensioengerechtigde leeftijd van mannen en vrouwen gelijk te trekken en dat de overheid niet buiten de beoordelingsmarge had

178 Bureau voor de grondrechten, *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States: Part I – Legal Analysis* (Wenen, FRA, 2009), blz. 129-144; RvE- Commissaris voor de Mensenrechten, *Human Rights and Gender Identity* (Issue Paper door Thomas Hammarberg, Commissaris voor de Mensenrechten, Straatsburg, 29 juli 2009) CommDH/IssuePaper(2009)2.

179 Deze zaken bevatten ook een interessante discussie over het rechtvaardigen van verschillende behandeling en dus een verdere uitwijding over dit concept ter uitdieping van de analyse hieromtrent eerder in dit Handboek.

180 EHRM, *Stec en anderen v. VK* [GC] (nrs. 65731/01 en 65900/01), 12 april 2006.

gehandeld, noch bij de keuze om dit over een aantal jaren te spreiden, noch door de veranderingen niet sneller te hebben doorgevoerd.[181]

Een soortgelijke benadering is door het Hof van Justitie gehanteerd bij gevallen van ongelijke behandeling, die werden gerechtvaardigd op grond van ruimere overwegingen inzake werkgelegenheidsbeleid.

Voorbeeld: in de zaak *Schnorbus* werd de praktijk van het Ministerie van Justitie in Hessen indirect discriminerend op grond van geslacht bevonden, want mannelijke kandidaten die de verplichte militaire dienst of vervangende dienstplicht hadden vervuld, kregen de voorkeur bij de praktische juridische opleiding.[182] Het EHvJ oordeelde echter dat de praktijk objectief gerechtvaardigd was, omdat die louter bedoeld was om de vertragende effecten tegen te gaan die de dienstplicht had op de loopbaan van mannelijke sollicitanten.

Voorbeeld: de zaak *Megner & Scheffel* betrof Duitse wetgeving die kleine deeltijdarbeid (minder dan vijftien uur per week) en arbeidsovereenkomsten voor bepaalde termijn onttrok aan de verplichte stelsels voor ziekte- en ouderdomsvoorzieningen en aan de verplichte bijdragen aan de werkloosheidsverzekering.[183] Er werd geoordeeld dat de regeling mogelijk indirect discriminerend was voor vrouwen, die vaker in deeltijd werken of kortlopende arbeidsovereenkomsten hebben. Het Hof was het met de overheid eens dat het in het stelsel opnemen van beperkt deeltijdwerk en kortlopende arbeidsovereenkomsten zou leiden tot zoveel meer kosten dat het hele systeem opnieuw zou moeten worden opgezet, omdat het niet meer op premieafdracht zou kunnen worden gebaseerd. Het Hof aanvaardde ook dat er behoefte bestond aan arbeidsovereenkomsten voor bepaalde termijn en aan kleine deeltijdarbeid, wat de overheid alleen kon bewerkstelligen door dergelijk werk te onttrekken aan het stelsel van sociale zekerheid. Zonder deze aanpak was het waarschijnlijk dat dit werk wel zou worden uitgevoerd, maar dan illegaal. Het Hof aanvaardde dat de overheid een gerechtvaardigd doel inzake sociaal beleid nastreefde en dat de staat een brede marge van vrijheid moest krijgen bij de keuze van maatregelen

181 Zie ook: EHRM, *Barrow v. VK* (nr. 42735/02), 22 augustus 2006, paragrafen 20-24, 37; EHRM, *Pearson v. VK* (nr. 8374/03), 22 augustus 2006, paragrafen 12-13, 25; EHRM, *Walker v. VK* (nr. 37212/02), 22 augustus 2006, paragrafen 21-22, 37.

182 EHvJ, *Schnorbus v. Land Hessen*, zaak C-79/99 [2000] Jurispr. I-10997, 7 december 2000.

183 EHvJ, *Megner & Scheffel v. Innungskrankenkasse Vorderpfalz*, zaak C-444/93 [1995] Jurispr. I-4741, 14 december 1995. Tevens EHvJ, *Nolte v. Landesverischerungsanstalt Hannover*, zaak C-317/93 [1995] Jurispr. I-4625, 14 december 1995.

die passend waren voor het 'sociaal beleid en werkgelegenheidsbeleid'. De ongelijke behandeling was derhalve gerechtvaardigd.

In de volgende zaak was het Hof van Justitie evenwel niet van mening dat discriminatie op grond van geslacht gerechtvaardigd was in het licht van sociaal beleid, ondanks de aanzienlijke fiscale consequenties waarop de overheid zich beriep.

Voorbeeld: de zaak *De Weerd, née Roks, en anderen* betrof nationale wetgeving omtrent de arbeidsongeschiktheidsuitkering.[184] In 1975 was nationale wetgeving van kracht geworden voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering voor mannen en ongehuwde vrouwen, ongeacht hun inkomen vóór arbeidsongeschiktheid. In 1979 werd een aanpassing doorgevoerd om de uitkering ook voor getrouwde vrouwen mogelijk te maken. Er werd echter ook vereist dat de ontvanger van de uitkering ten minste een bepaald inkomensniveau had gehad in het voorafgaande jaar. De wetgeving werd bestreden, omdat (naast andere redenen) de inkomenseis voor vrouwen indirect discriminerend was (want het was minder waarschijnlijk dat zij het vereiste inkomensniveau hadden dan mannen). De staat stelde dat de ongelijkheid gerechtvaardigd was uit budgettaire overwegingen ter beperking van de overheidsuitgaven. Het EHvJ oordeelde dat het EU-recht de staat weliswaar niet belet te bepalen welke categorieën personen profijt trekken van sociale zekerheid, maar daarbij mag geen sprake zijn van discriminatie.

Deze twee zaken kunnen worden samengebracht gezien het feitelijk beloop, waarbij *De Weerd, née Roks, en anderen* wellicht moet worden gezien als de 'regel' en *Megner & Scheffel* als de uitzondering. Het EU-recht verplicht lidstaten niet bepaalde stelsels van sociale zekerheid in te voeren, maar waar dat gebeurt, zal een rechterlijke instantie niet toestaan dat bepaalde groepen louter uit fiscale overwegingen worden uitgesloten, omdat daarmee het beginsel van gelijke behandeling zou worden ondermijnd en tot misbruik kan leiden. Toch kan ongelijke behandeling toegelaten worden als dat de enige manier is om de instorting van het complete stelsel van ziekte- en werkloosheidsverzekeringen te voorkomen – vooral als het gevolg daarvan zou zijn dat mensen gedwongen worden tot ongereglementeerd werk.

184 EHvJ, *De Weerd, née Roks, en anderen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen en anderen*, zaak C-343/92 [1994] Jurispr. I-571, 24 februari 1994.

Onder seksuele geaardheid kan worden verstaan: 'het vermogen van elke persoon tot diepe emotionele, gevoelsmatige en seksuele aantrekking tot en intieme relaties met personen van een ander geslacht, van hetzelfde geslacht of van meer dan één geslacht'.[185]

4.3. Seksuele geaardheid

Doorgaans gaan gevallen van discriminatie op grond van seksuele geaardheid over een persoon die ongunstig behandeld wordt omdat die homoseksueel, lesbisch of biseksueel is, maar de beschermingsgrond beschermt eveneens discriminatie van heteroseksuelen.

Voorbeeld: in een geval voorgelegd aan de Zweedse Ombudsman bij discriminatie op grond van seksuele geaardheid ('HomO') klaagde een heteroseksuele vrouw over discriminatie op grond van seksuele geaardheid toen ze door de Zweedse nationale federatie voor rechten voor homo's, lesbiennes en transgenders werd afgewezen voor een baan als voorlichtster omtrent veilig vrijen.[186] De organisatie meldde haar dat men een homo- of biseksuele man wilde aanwerven, omdat die gemakkelijker contacten kon leggen met gelijkgestemden. Er werd geoordeeld dat zij niet kon beweren in een gelijke situatie te verkeren als een homo- of biseksuele man voor deze baan (en dus geen ongunstiger behandeling kon bewijzen), of dat de discriminatie in elk geval gerechtvaardigd was op grond van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste.

Hoewel artikel 14 van het EVRM 'seksuele geaardheid' niet uitdrukkelijk vermeldt als beschermingsgrond heeft het EHRM in een reeks gevallen uitdrukkelijk gesteld dat dit inbegrepen is in de 'andere gronden' van artikel 14.[187]

Voorbeeld: in de zaak *S.L. v. Oostenrijk* klaagde verzoeker dat de nationale wetgeving toentertijd seksuele betrekkingen met onderlinge toestemming tussen mannen, waarbij één van beiden minderjarig was, strafbaar stelde.[188] Vrouwen daarentegen mochten seksuele betrekkingen hebben (zowel homo- als heteroseksueel van aard) vanaf de leeftijd van veertien jaar. Het EHRM oordeelde dat dit discriminatie was op grond van seksuele geaardheid.

185 Deze algemeen aanvaarde definitie komt uit 'Yogyakarta-beginselen voor de toepassing van mensenrechten met betrekking tot seksuele geaardheid en geslachtidentiteit', maart 2007, beschikbaar op: www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm.

186 HomO (Zweden), beslissing van 21 juni 2006, dossier nr. 262/06. Engelse samenvatting beschikbaar op HomO-website: www.homo.do.se.oas.funcform.se/o.o.i.s?id=3662&template=.print.t

187 Zie bv. EHRM, *Fretté v. Frankrijk* (nr. 36515/97), 26 februari 2002, para. 32.

188 EHRM, *S.L. v. Oostenrijk* (nr. 45330/99), 9 januari 2003.

Voorbeeld: in de zaak *E.B. v. Frankrijk* werd de adoptieaanvraag van verzoekster geweigerd omdat er geen mannelijk rolmodel was in haar gezin. [189] De nationale wetgeving stond nochtans de adoptie van kinderen door alleenstaanden toe, dus oordeelde het EHRM dat de beslissing van de overheid hoofdzakelijk was gebaseerd op het feit dat zij een relatie had en samenwoonde met een vrouw. Volgens het EHRM was dit dan ook discriminatie op grond van seksuele geaardheid.

Verder moet worden opgemerkt dat het EHRM ook bescherming biedt tegen overheidsinmenging met betrekking tot seksuele geaardheid als zodanig, via artikel 8 van het EVRM inzake het recht op eerbiediging van het privéleven. Zelfs bij daadwerkelijke discriminatie is het dus mogelijk gewoon een schending van artikel 8 in te roepen zonder dat men hoeft aan te tonen dat zich discriminerend gedrag heeft voorgedaan.

Voorbeeld: de zaak *Dudgeon v. VK* betrof nationale wetgeving die homoseksuele seksuele betrekkingen met onderlinge toestemming tussen volwassenen strafbaar stelde.[190] Verzoeker klaagde dat hij als homoseksueel dus het risico liep vervolgd te worden. Het EHRM oordeelde dat dit op zichzelf een schending betekende van zijn recht op eerbiediging van het privéleven, want dat laatste omvat het 'seksleven' van een persoon. Het Hof oordeelde dat de bescherming van de openbare zeden weliswaar een legitiem streven was, maar dat dit kon worden bereikt zonder een dergelijke ingrijpende inmenging in het privéleven.

Het EHRM heeft er in het bijzonder voor geijverd personen te beschermen in gevallen van inmenging van de staat in zaken die beschouwd worden als kernelementen van de persoonlijke waardigheid, zoals iemands seksleven of gezinsleven. De volgende zaak illustreert dat inmengingen in het privéleven met betrekking tot seksualiteit moeilijk te rechtvaardigen is.

Voorbeeld: de zaak *Karner v. Oostenrijk* betrof de interpretatie van nationale wetgeving (artikel 14 van de Huurwet) die voorzag in het recht van een familielid of 'levenspartner' automatisch een huurovereenkomst over te nemen bij het overlijden van de huurder.[191] De verzoeker woonde samen met zijn partner, de huurder, op het moment van diens overlijden. De nationale rechterlijke in-

189 EHRM, *E.B. v. Frankrijk* [GC] (nr. 43546/02), 22 januari 2008.

190 EHRM, *Dudgeon v. VK* (nr. 7525/76), 22 oktober 1981.

191 EHRM, *Karner v. Oostenrijk* (nr. 40016/98), 24 juli 2003, paragrafen 34-43.

stantie interpreteerde de wetgeving zodanig dat homoseksuele paren werden uitgesloten, zelfs al kon de wetgeving wel betrekking hebben op ongehuwde heteroseksuele paren. De overheid gaf toe dat hier sprake was van ongelijke behandeling op grond van seksuele geaardheid, maar argumenteerde dat dit gerechtvaardigd was om traditionele gezinnen te beschermen tegen het verlies van hun onderkomen. Het EHRM oordeelde dat het beschermen van het traditionele gezin weliswaar een gerechtvaardigd doel kon zijn, maar dat 'de beoordelingsmarge … eng is … in het geval van verschillende behandeling op grond van geslacht of seksuele geaardheid'. Het EHRM stelde ook nog dat 'het evenredigheidsbeginsel niet louter vereist dat de gekozen maatregel in principe geschikt is om het beoogde doel te bereiken; er moet eveneens worden aangetoond dat het voor de verwezenlijking van die doelstelling nodig was bepaalde categorieën mensen – in dit geval samenwonende personen met een homoseksuele relatie – uit te sluiten van de toepassing van artikel 14 van de Huurwet'. Het EHRM stelde daarmee dus discriminatie vast, omdat de staat maatregelen had kunnen nemen om het traditionele gezin te beschermen zonder daarbij homoseksuele paren in die mate te benadelen.

4.4. Handicap

Het EVRM en de richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep geven geen definitie van het begrip handicap. Gezien de rol van het EHvJ, worden vaak door nationale rechterlijke instanties vastgesteld wat al dan niet een handicap is; deze uitspraken worden vervolgens voorgelegd als deel van de feitelijke achtergrond van geschillen die worden verwezen naar het EHvJ. Het EHvJ heeft in de jurisprudentie al enkele malen de gelegenheid gehad enig advies uit te brengen over wat nu precies onder een handicap wordt verstaan.

Voorbeeld: in de zaak *Chacón Navas* kreeg het EHvJ de gelegenheid het algemene toepassingsgebied van de bepalingen inzake discriminatie op grond van een handicap te overwegen en maakte het van die gelegenheid gebruik om aan te geven dat de term 'handicap' een geharmoniseerde EU-definitie zou moeten krijgen.[192] Het EHvJ wees erop dat een handicap in de context van de richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep moet worden opgevat als 'een beperking die met name het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen en die de deelneming van de betrokkene aan het be-

192 EHvJ, *Chacon Navas v. Eurest Colectividades SA*, zaak C-13/05 [2006] Jurispr. I-6467, 11 juli 2006.

roepsleven belemmert' en dat zij 'waarschijnlijk [...] van lange duur is'. Toen deze definitie werd toegepast in de zaak Navas, werd geoordeeld dat mevrouw Navas geen handicap had toen ze haar zaak aanspande bij de Spaanse nationale rechterlijke instanties wegens discriminatie op grond van een handicap nadat ze was ontslagen na een ziekteperiode van acht maanden. Het EHvJ maakte duidelijk dat er een onderscheid moest worden gemaakt tussen ziekte en een handicap, waarbij ziekte niet dezelfde bescherming geniet.

Zoals besproken in hoofdstuk 1 is de EU toegetreden tot het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap van 2006, met als resultaat dat het EHvJ zich naar verwachting zal laten leiden door zowel het Verdrag zelf als de interpretatie die werd gegeven door het Comité voor de rechten van personen met een handicap, dat belast is met het toezicht op de naleving en de interpretatie van het Verdrag.[193]

Zodra de EU en haar instellingen (en daarmee de EU-lidstaten bij hun interpretatie en toepassing van het EU-recht) zijn toegetreden tot het CRPD dienen zij deze ruime en inclusieve benaderingswijze te hanteren bij de uitleg van het begrip 'handicap'.

Artikel 1 van het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap (CRPD) bepaalt: 'Personen met een handicap zijn onder meer personen met langdurige fysieke, mentale, intellectuele of zintuiglijke beperkingen die hen in wisselwerking met diverse drempels kunnen beletten volledig, effectief en op voet van gelijkheid met anderen te participeren in de samenleving.'

Hoewel handicap niet expliciet voorkomt in beschermingsgronden van het EVRM, is het begrip door het EHRM opgenomen in zijn interpretatie van 'andere' gronden op grond van artikel 14.

Voorbeeld: in de zaak *Glor v. Zwitserland* oordeelde het EHRM dat verzoeker, een diabeticus, kon worden beschouwd als een persoon met een handicap – ongeacht het feit dat de nationale wetgeving dit als een 'kleine' handicap beschouwde.[194] Omdat hij zijn militaire dienstplicht niet kon vervullen, moest verzoeker een belasting betalen zoals anderen die waren opgeroepen voor de dienstplicht. Om te worden vrijgesteld van deze belasting, moest iemand ofwel een handicap van '40%' hebben (wat overeenkomt met een functioneel verlies van een ledemaat) of gewetensbezwaren hebben. Gewetensbezwaarden waren verplicht een 'gemeenschapsdienst' te vervullen. Door de handicap

193 VN-doc. A/RES/61/611, 13 december 2006.

194 EHRM, *Glor v. Zwitserland* (nr. 13444/04), 30 april 2009.

van verzoeker werd hij geweigerd voor het leger, maar de handicap was niet zwaar genoeg om hem vrij te stellen van de belasting. Hij had aangeboden de 'gemeenschapsdienst' uit te voeren, maar dit werd geweigerd. Het EHRM oordeelde dat de staat verzoeker op een vergelijkbare manier had behandeld als iemand die zijn militaire dienstplicht zonder geldige reden niet had voltooid. Daardoor ontstond een geval van discriminatie, omdat hij zich in een verschillende positie bevond (geweigerd voor de militaire dienstplicht, maar bereid om de gemeenschapsdienst uit te voeren), en dus had de staat een uitzondering moeten maken op de bestaande regelgeving.

Net zoals bij andere beschermingsgronden van het EVRM, is het niet ongewoon dat zaken worden behandeld op grond van andere materiële rechten in plaats van een cumulatie van een materieel recht en artikel 14, dat discriminatie verbiedt.

Voorbeeld: in de zaak *Price v. VK* ging het om een verzoekster die tot een gevangenisstraf van zeven dagen was veroordeeld. Ze leed aan fysieke handicaps omdat haar moeder tijdens de zwangerschap thalidomide had ingenomen, wat leidde tot afwezige of sterk ingekorte ledematen en slecht functionerende nieren.[195] Ze was daardoor afhankelijk van een rolstoel voor haar mobiliteit, had hulp nodig om naar het toilet te gaan en zich te wassen en ze had een speciaal bed nodig. Tijdens haar eerste nacht in hechtenis werd ze in een cel geplaatst die niet was aangepast voor personen met een fysieke handicap, waardoor ze niet genoeg slaap kreeg, veel pijn leed en te onderkoeld raakte. Bij haar overplaatsing naar de gevangenis werd ze ondergebracht in de ziekenhuisvleugel waar enkele aanpassingen mogelijk waren, maar ze ondervond nog steeds soortgelijke problemen. Ze mocht ook haar elektrische rolstoel niet opladen. Het EHRM oordeelde dat verzoekster was onderworpen aan een vernederende behandeling, een schending van artikel 3. Discriminatie op grond van een van de materiële rechten van het EVRM op grond van artikel 14 werd in deze zaak niet opgeworpen.

Voorbeeld: in de zaak *Pretty v. VK* leed verzoekster aan een degeneratieve ziekte en wilde ze de garantie krijgen van de overheid dat ze hulp bij zelfdoding kon krijgen, zonder vervolging, op een latere datum wanneer haar toestand dermate was verslechterd dat ze de daad niet zelf kon uitvoeren.[196] Volgens het nationale recht is hulp bij zelfdoding een strafbaar feit op zich dat ook wordt

195 EHRM, *Price v. VK* (nr. 33394/96), 10 juli 2001.

196 EHRM, *Pretty v. VK* (nr. 2346/02), 29 april 2002.

beschouwd als moord of doodslag. Verzoekster haalde onder meer aan dat haar recht om beslissingen te nemen over haar eigen lichaam, beschermd in de context van haar recht op privéleven (artikel 8), was geschonden op een discriminerende manier omdat de staat een algemeen verbod had ingevoerd op hulp bij zelfdoding dat onevenredig negatieve gevolgen had voor degene die niet meer in staat is zelf een einde te maken aan zijn of haar leven. Het EHRM oordeelde dat de weigering onderscheid te maken tussen 'personen die wel en personen die niet fysiek in staat waren om zelfmoord te plegen' gerechtvaardigd was, omdat het invoeren van uitzonderingen op de wetgeving in de praktijk zou leiden tot misbruik en de bescherming van het recht op leven zou ondermijnen.

4.5. Leeftijd

De beschermingsgrond leeftijd heeft slechts betrekking op een verschil in behandeling of genot op grond van de leeftijd van de benadeelde. Hoewel leeftijdsdiscriminatie niet noodzakelijk binnen het toepassingsgebied valt van een specifiek recht in het EVRM (in tegenstelling tot geloof of seksuele geaardheid), kan deze vorm van discriminatie zich wel voordoen in de context van andere rechten. Net zoals op andere domeinen heeft het EHRM zich ook hier uitgesproken over zaken waarin de feiten leeftijdsdiscriminatie doen vermoeden, zonder in dat opzicht de zaak te analyseren – met name als het de behandeling van kinderen in het strafrechtelijke systeem betreft. Het EHRM oordeelde dat 'leeftijd' onderdeel is van 'andere status'.[197]

Voorbeeld: in de zaak *Schwizgebel v. Zwitserland* klaagde een 47-jarige alleenstaande moeder over een geweigerde adoptieaanvraag.[198] De nationale overheid had de beslissing gebaseerd op het leeftijdsverschil tussen de aanvraagster en het kind, en het feit dat de adoptie een zware financiële last zou betekenen aangezien de aanvraagster al een kind had. Het EHRM oordeelde dat er sprake was van verschil in behandeling in vergelijking met jongere vrouwen die een adoptieaanvraag indienen. Het ontbreken van uniforme regels in de lidstaten over de aanvaardbare leeftijdsgrens voor adoptie, betekende echter dat de staat een ruime beoordelingsmarge had. Bovendien werd de overweging van de nationale overheid over het leeftijdsverschil niet willekeurig toegepast, maar was ze gebaseerd op de belangen van het kind en de financiële last

197 EHRM, *Schwizgebel v. Zwitserland* (nr. 25762/07), 10 juni 2010.

198 *Ibid.*

waartoe een tweede kind zou kunnen leiden, hetgeen gevolgen zou kunnen hebben voor het welzijn van het kind. Het EHRM oordeelde daarom dat het verschil in behandeling gerechtvaardigd was.

Voorbeeld: in de zaken *T v. VK* en *V. v. VK* betrof het twee jongens die werden berecht en schuldig bevonden aan een moord die ze hadden gepleegd toen ze tien jaar oud waren.[199] Verzoekers klaagden onder meer dat ze geen eerlijk proces hadden gekregen gezien hun leeftijd en dat ze door hun minderjarigheid niet op doeltreffende wijze konden deelnemen aan hun verdediging. Het EHRM oordeelde dat de staat bij het berechten van een minderjarige 'ten volle rekening moet houden met de leeftijd, de mate van volwassenheid en de intellectuele en emotionele capaciteiten' en maatregelen moet nemen 'hun vermogen om het proces te begrijpen en eraan deel te nemen te bevorderen'. Het EHRM oordeelde dat de staat dit niet had gedaan en daarom artikel 6 van het EVRM had geschonden, zonder de zaak te onderzoeken in het licht van artikel 14.

Voorbeeld: in de zaken *D.G. v. Ierland* en *Bouamar v. België* werden verzoekers in hechtenis genomen door de nationale autoriteiten.[200] Het EHRM oordeelde dat dit in deze omstandigheden een schending is van het recht op vrijwaring van willekeurige opsluiting. In de beide gevallen stelden verzoekers ook dat de behandeling discriminerend was in vergelijking met de behandeling van volwassenen, omdat het nationale recht niet toeliet volwassenen van hun vrijheid te beroven in soortgelijke omstandigheden. Het EHRM was van mening dat het inderdaad om een verschil in behandeling ging tussen volwassenen en kinderen, maar dat dit gerechtvaardigd was, omdat de vrijheidsberoving was bedoeld om minderjarigen te beschermen, hetgeen bij volwassenen niet in overweging hoefde te worden genomen.

199 EHRM, *T. v. VK* [GC] (nr. 24724/94), 16 december 1999.

200 EHRM, *D.G. v. Ierland* (nr. 39474/98), 16 mei 2002; EHRM, *Bouamar v. België* (nr. 9106/80), 29 februari 1988.

4.6. Ras, etniciteit, huidskleur en het behoren tot een nationale minderheid

De omvang van de grond 'ras of etnische afstamming' verschilt enigszins in het EU-recht en het EVRM, aangezien de richtlijn rassengelijkheid expliciet 'nationaliteit' uitsluit van het concept ras of etniciteit. Waar het EVRM 'nationaliteit' of 'nationale herkomst' als een afzonderlijke grond kent, laat de hieronder besproken rechtspraak zien dat nationaliteit kan worden opgevat als een inherent onderdeel van etniciteit. Niet omdat discriminatie op grond van nationaliteit is toegestaan in het EU-recht, maar omdat het EU-recht zich zodanig heeft ontwikkeld dat discriminatie op grond van nationaliteit wordt geregeld in het kader van de wet inzake vrij verkeer van personen. Behalve de expliciete uitsluiting van nationaliteit, bevat de richtlijn rassengelijkheid zelf een definitie van 'ras of etnische afstamming'. Er zijn nog andere instrumenten die als richtsnoer dienen om ras of etnische afstamming beter te begrijpen. Noch 'huidskleur', noch lidmaatschap van een nationale minderheid worden expliciet vermeld in de richtlijn rassengelijkheid, maar ze worden wel als aparte criteria vermeld in het EVRM. Deze termen kunnen niet worden losgekoppeld van de definitie van ras en/of etnische afkomst en worden daarom hier besproken.

Het Kaderbesluit van de Raad betreffende de bestrijding van racisme en vreemdelingenhaat door middel van het strafrecht definieert racisme en vreemdelingenhaat als geweld of haat gericht tegen groepen op grond van 'ras, huidskleur, godsdienst, afstamming, dan wel nationale of etnische afkomst'. De Commissie tegen racisme en onverdraagzaamheid van de RvE hanteert ook een brede aanpak in haar definitie van 'rassendiscriminatie'; die bevat op zich de criteria 'ras, huidskleur, taal, godsdienst, nationaliteit of nationale of etnische afstamming'.[201] Ook artikel 1 van het VN-Verdrag inzake de uitbanning van rassendiscriminatie, 1966 (waarvan alle lidstaten van de Europese Unie en de Raad van Europa deel uitmaken) definieert rassendiscriminatie als een vorm van discriminatie op grond van 'ras, huidskleur, afstamming dan wel nationale of etnische afkomst'.[202] De Commissie voor de uitbanning van rassendiscriminatie (CERD), die verantwoordelijk is voor de interpretatie en het toezicht op de naleving van het verdrag, stelde bovendien dat, uitgezonderd gerechtvaardigde gevallen, het bepalen van het ras of de etnische afkomst van een persoon 'moet worden gebaseerd op de zelfidentificatie van de persoon in kwestie'.[203]

201 ECRI (RvE),'ECRI Algemene beleidsaanbeveling nr. 7 betreffende nationale wetgeving ter bestrijding van racisme en rassendiscriminatie Doc. CRI(2003)8, van 13 december 2002, onder 1(b) en (c).

202 660 UNTS 195.

203 CERD, Algemene aanbeveling VIII betreffende de interpretatie en toepassing van art. 1, lid 1 en lid 4 van de Conventie.

Dat moet voorkomen dat etnische groepen die niet door de staat worden erkend, uitgesloten worden van bescherming.

Hoewel in het EU-recht taal, huidskleur of afkomst niet expliciet worden vermeld als beschermingsgrond, betekent dit niet dat deze kenmerken niet zijn beschermd als onderdeel van ras of etniciteit voor zover taal, huidskleur en afkomst onlosmakelijk verbonden zijn met ras en etniciteit. Voor zover factoren die bepalend zijn voor de nationaliteit ook relevant zijn voor ras en etniciteit, is gebleken dat dit in bepaalde omstandigheden ook binnen het toepassingsgebied van de beschermingsgronden wordt geacht te vallen.

Geloof wordt uitdrukkelijk beschermd als een afzonderlijke grond in de richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep. Toch kan een kennelijk slachtoffer van religieuze discriminatie er belang bij hebben geloof te associëren met ras, aangezien in het huidige EU-recht de bescherming tegen rassendiscriminatie een groter toepassingsgebied heeft dan bescherming tegen religieuze discriminatie. Dat komt omdat de richtlijn rassengelijkheid verband houdt met het domein arbeid, maar ook met de toegang tot goederen en diensten, terwijl de richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep alleen betrekking heeft op werkgelegenheid.

In zijn uitleg van de concepten ras en etniciteit vindt het EHRM dat taal, godsdienst, nationaliteit en cultuur onlosmakelijk verbonden kunnen zijn van ras. In de zaak *Timishev* werd een verzoeker van Tsjetsjeense afkomst niet doorgelaten bij een controlepunt, omdat de bewakers de instructie hadden gekregen om Tsjetsjenen de toegang te weigeren. Het EHRM gaf de volgende uitleg:

> *'Etniciteit en ras zijn met elkaar verbonden en overlappende concepten. Terwijl de notie van ras verankerd zit in de idee van de biologische classificatie van mensen in subsoorten volgens morfologische kenmerken zoals huidskleur of gezichtskenmerken, vindt etniciteit haar oorsprong in de idee van maatschappelijke groepen die worden gekenmerkt door een gemeenschappelijke nationaliteit, stam, geloof, een gedeelde taal of een culturele en traditionele afkomst en achtergrond.'*[204]

Voorbeeld: de zaak *Sejdić en Finci v. Bosnië-Herzegovina* was de eerste zaak die werd beslecht onder protocol 12. De verzoekers klaagden dat ze zich niet

204 EHRM, *Timishev v. Rusland* (nrs. 55762/00 en 55974/00), 13 december 2005, para. 55.

verkiesbaar konden stellen.[205] Als onderdeel van een vredesakkoord dat een einde maakte aan het conflict van de jaren negentig, werd overeengekomen de macht te delen tussen de drie belangrijkste etnische groepen. Daarbij werd een regeling getroffen dat een kandidaat die zich verkiesbaar stelt moest aangeven of hij tot de Bosnische, Servische of Kroatische gemeenschap hoorde. De verzoekers, joden en Roma, weigerden dit en stelden dat het om discriminatie ging op grond van ras en etniciteit. Het EHRM herhaalde haar uitleg over de relatie tussen ras en etniciteit (zie hierboven) en voegde eraan toe dat '[d]iscriminatie op grond van de etnische afkomst van een persoon een vorm van rassendiscriminatie is'. Het oordeel van het EHRM dat het om rassendiscriminatie ging, toont het onderlinge verband aan tussen etniciteit en geloof. Bovendien was het EHRM van mening dat het delicate evenwicht van het vredesakkoord geen rechtvaardiging was voor zulk dergelijke discriminatie.

Voorbeeld: in een zaak voor de Oostenrijkse Commissie Gelijke Behandeling, klaagde een Sikh dat hem de toegang tot een Weense rechtbank werd geweigerd omdat hij zijn ceremoniële zwaard, dat door leden van zijn geloof wordt gedragen, niet wilde verwijderen.[206] De commissie behandelde de zaak als een geval van discriminatie op grond van etniciteit. Op grond van de feiten oordeelde de commissie dat het verschil in behandeling gerechtvaardigd was op grond van veiligheid.

Het EHRM gaat erg restrictief te werk met betrekking tot discriminatie op grond van ras of etniciteit: 'een verschil in behandeling dat enkel of in grote mate is gebaseerd op de etnische afkomst van een persoon kan op geen enkel moment objectief worden gerechtvaardigd in een moderne, democratische maatschappij die is gebaseerd op pluralisme en respect voor verschillende culturen'.[207]

De RvE-website van de leeromgeving inzake mensenrechten voor juristen bevat een interessant praktijkgeval met de overwegingen die worden gedaan bij een klacht van discriminatie op grond van ras onder het EVRM.[208]

205 EHRM, *Sejdić en Finci v. Bosnië-Herzegovina* [GC] (nrs. 27996/06 en 34836/06), 22 december 2009.

206 Commissie Gelijke Behandeling, Senate III (Oostenrijk). Engelse samenvatting beschikbaar op FRA InfoPortal, zaak 5-1. Originele tekst: http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=5 .

207 EHRM, *Sejdić en Finci v. Bosnië-Herzegovina* [GC] (nrs. 27996/06 en 34836/06), 22 december 2009, para. 44. Zo ook EHRM, *Timishev v. Rusland* (nrs. 55762/00 en 55974/00), 13 december 2005, para. 58.

208 RvE, 'Case Study 15, Arrestatie, voorarrest, slechte behandeling van Roma-man', document of 6 September 2007, beschikbaar op www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1.

4.7. Nationaliteit of nationale herkomst

Artikel 2, onder a, van het verdrag inzake nationaliteit van de Raad van Europa (1996) definieert nationaliteit als 'de juridische band tussen een persoon en een staat'. Hoewel dit verdrag niet algemeen geratificeerd werd, is de definitie gebaseerd op wijdverspreide regels van internationaal publiekrecht,[209] en werd het ook erkend door de Europese Commissie tegen racisme en onverdraagzaamheid.[210] 'Nationale herkomst' kan worden beschouwd als een aanduiding van de vroegere nationaliteit van een persoon, die hij/zij (gedeeltelijk) verloren of verworven heeft na naturalisatie, of verwijzen naar de aansluiting van een 'natie' binnen een staat (zoals Schotland in het VK).

Voorbeeld: in de zaak *Chen* ging het om de vraag of een kind het recht had te verblijven in een lidstaat, hoewel het geboren was in een andere lidstaat en terwijl de moeder, van wie het kind afhankelijk is, van een niet-lidstaat afkomstig is.[211] Het EHvJ oordeelde dat wanneer een lidstaat eisen oplegt om het staatsburgerschap te krijgen en wanneer daar ook aan wordt voldaan, het niet aan andere lidstaten is om die toekenning te betwisten, wanneer een persoon een aanvraag voor verblijf indient.

Hoewel het EVRM meer bescherming biedt dan het EU-recht op grond van nationaliteit, aanvaardt het dat de afwezigheid van een juridische band van nationaliteit vaak gepaard gaat met de afwezigheid van feitelijke banden met een bepaalde staat, wat op zijn beurt een obstakel vormt voor een vermeend slachtoffer om aan te tonen dat hij of zij zich in een vergelijkbare positie bevindt ten opzichte van onderdanen. De kern van de benadering van het EHRM is dat hoe dichter de feitelijke band van een persoon met een bepaalde staat is, vooral wat betreft het betalen van belastingen, hoe minder waarschijnlijk het zal zijn dat verschil in behandeling op grond van nationaliteit gerechtvaardigd is.

209 ICJ, *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)* ICJ rapport [1955] 4, IGH-verslagen,, 6 april 1955: 'Nationaliteit is een rechtsverhouding die haar grondslag heeft in een sociale verbondenheid, een daadwerkelijke solidariteit van bestaan, belangen en gevoelens, gepaard gaand met wederkerige rechten en verplichtingen.' (para. 3).

210 ECRI (RvE),'ECRIAlgemene beleidsaanbeveling nr. 7 betreffende nationale wetgeving ter bestrijding van racisme en rassendiscriminatie doc.CRI(2003)8, goedgekeurd op 13 december 2002, blz. 6.

211 EHvJ, *Chen v. Secretary of State for the Home Department*, zaak C-200/02 [2004] Jurispr. I-9925, 19 oktober 2004.

Voorbeeld: in de zaak *Zeïbek v. Griekenland* werd verzoekster een pensioen geweigerd dat was bedoeld voor personen met 'grote gezinnen'.[212] Hoewel ze het vereiste aantal kinderen had, had geen van haar kinderen de Griekse nationaliteit op het moment dat zij de pensioenleeftijd bereikte. De situatie was ontstaan omdat de overheid eerder had beslist om de nationaliteit van het hele gezin van de verzoekster te schrappen (wat op zich al onregelmatig was) en vervolgens de nationaliteit opnieuw toe te kennen aan slechts drie van haar kinderen (omdat haar vierde kind al getrouwd was). Het EHRM oordeelde dat het beleid voor het intrekken van nationaliteit vooral werd toegepast op Griekse moslims en dat de weigering van het pensioen niet gerechtvaardigd was op grond van het behoud van de Griekse natie, aangezien die redenering zelf een vorm van discriminatie was op grond van nationale herkomst.

Voorbeeld: de zaak *Anakomba Yula v. België* betrof een Congolese onderdaan die illegaal in België verbleef.[213] Kort nadat zij een kind had gekregen, verviel haar verblijfsvergunning en startte ze de procedure om een vernieuwing aan te vragen. Ze was aan het scheiden van haar Congolese man en zowel zij als de natuurlijke vader van het kind, een Belgische staatsburger, wilden het vaderschap van het kind vastleggen. Daarvoor moest de verzoekster een vordering instellen tegen haar echtgenoot binnen een jaar na de geboorte. De verzoekster vroeg rechtsbijstand aan om de kosten van de procedure te dekken, omdat ze onvoldoende financiële middelen had. Dat werd haar echter geweigerd omdat dergelijke bijstand alleen werd toegekend aan onderdanen van niet-lidstaten van de Raad van Europa wanneer de vordering betrekking had op het bepalen van een recht van verblijf. Verzoekster kreeg de raad om eerst haar verblijfsvergunning te vernieuwen en het dan opnieuw te proberen. Het EHRM oordeelde dat in deze omstandigheden de verzoekster het recht werd ontzegd op een eerlijk proces en dat dit gebeurde op grond van haar nationaliteit. De staat had onterecht een onderscheid gemaakt tussen personen die al dan niet een verblijfsvergunning hebben in een situatie waarbij ernstige familiale kwesties aan de orde waren, er maar een korte periode was om het vaderschap te bepalen en de persoon bezig was met het vernieuwen van haar vergunning.

Zoals besproken in hoofdstuk 3.2. verbiedt het EU-recht discriminatie op grond van nationaliteit alleen in de specifieke context van het vrije verkeer van personen. Het EU-recht inzake vrij verkeer kent beperkte rechten toe aan onderdanen van derde

212 EHRM, *Zeïbek v. Griekenland* (nr. 46368/06), 9 juli 2009.

213 EHRM, *Anakomba Yula v. België* (nr. 45413/07), 10 maart 2009.

landen. Toch legt het EVRM verplichtingen op aan alle lidstaten van de RvE (en dus aan alle EU-lidstaten) om de rechten in het EVRM te waarborgen aan alle personen in hun rechtsgebied (met inbegrip van niet-staatsburgers). Het EHRM houdt het evenwicht tussen enerzijds het recht van een staat om te beslissen welke voordelen worden toegekend aan personen met een wettelijke nationaliteitsband en anderzijds de noodzaak om te voorkomen dat staten personen discrimineren die aanzienlijke feitelijke banden hebben gevormd met de staat. Het EHRM kijkt nauwlettend toe bij thema's zoals sociale zekerheid, wanneer personen kunnen aantonen dat ze een sterke feitelijke band hebben met een staat.

Het recht van een staat om de toegang tot en het verlaten van het grondgebied door niet-onderdanen te regelen, is uitvoerig beschreven in het internationaal publiekrecht en aanvaard door het EHRM. In dit kader is het EHRM vooral tussenbeide gekomen in klachten over het uitwijzen van personen die een onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing of foltering dreigen te ondergaan in het land van bestemming (op grond van artikel 3),[214] of die sterke familiebanden hebben gevormd in het gastland die verbroken zouden worden als de persoon wordt gedwongen om het land te verlaten (op grond van artikel 8).[215]

Voorbeeld: in de zaken *C. v. België* en *Moustaquim v. België* waren de verzoekers Marokkaanse onderdanen die waren veroordeeld voor criminele feiten en zouden worden uitgewezen.[216] Ze klaagden dat dit een vorm van discriminatie was op grond van nationaliteit aangezien Belgische onderdanen of niet-onderdanen van andere EU-lidstaten niet uitgewezen konden worden in soortgelijke omstandigheden. Het EHRM oordeelde dat de verzoekers zich niet in een vergelijkbare situatie bevonden als Belgische onderdanen omdat onderdanen het recht genieten om in hun thuisstaat te verblijven, wat specifiek vervat is in het EVRM (in artikel 3 van protocol 4). Bovendien was het verschil in behandeling tussen onderdanen van derde landen en onderdanen van andere EU-lidstaten gerechtvaardigd omdat de EU een speciale rechtsorde had geschapen alsmede een EU-burgerschap.

214 Zie bv. EHRM, *Chahal v. VK* (nr. 22414/93), 15 november 1996.

215 Hoewel zulke zaken minder kans op slagen hebben. Zie bv. EHRM, *Abdulaziz, Cabales en Balkandali v. VK* (nrs. 9214/80, 9473/81 en 9474/81), 28 mei 1985.

216 EHRM, *C. v. België* (nr. 21794/93), 7 augustus 1996; EHRM, *Moustaquim v. België* (nr. 12313/86), 18 februari 1991.

Deze zaken moeten worden vergeleken met situaties waarbij de verzoeker nauwe feitelijke banden heeft met het gastland na een lange periode van verblijf of door een bijdrage te leveren aan de staat via belastingen.

Voorbeeld: in de zaak *Andrejeva v. Letland* was verzoekster voorheen onderdaan van de voormalige Sovjet-Unie met het recht om permanent in Letland te verblijven.[217] Volgens de nationale wetgeving had ze buiten Letland gewerkt in de periode voor de onafhankelijkheid (ondanks het feit dat ze dezelfde functie bekleedde op Lets grondgebied voor en na de onafhankelijkheid) en bijgevolg werd haar pensioen berekend op grond van de tijd die ze had gewerkt na de onafhankelijkheid. Letse onderdanen in dezelfde functie kregen daarentegen een pensioen berekend op de volledige periode dat ze in dienst waren, ook voor de onafhankelijkheid. Het EHRM oordeelde dat de verzoekster zich in een vergelijkbare situatie bevond ten opzichte van Letse burgers aangezien ze een 'permanent verblijvende niet-onderdaan' was volgens de nationale wetgeving en op die basis ook belastingen had betaald. Het Hof vond dat er sprake moest zijn van 'zeer zwaarwegende redenen' om het verschil in behandeling te rechtvaardigen alleen op grond van nationaliteit, en dat was in deze zaak niet het geval. Hoewel het Hof erkende dat de staat doorgaans een ruime beoordelingsmarge heeft op het gebied van fiscaal en sociaal beleid, was de situatie van de verzoeker *de facto* te veel hetzelfde in vergelijking met die van Letse burgers om discriminatie op die grond te rechtvaardigen.

Voorbeeld: in de zaak *Gaygusuz v. Oostenrijk* kreeg een Turkse onderdaan die in Oostenrijk werkte geen werkloosheidsuitkering omdat hij geen Oostenrijkse burger was.[218] Het EHRM oordeelde dat hij zich in een vergelijkbare situatie bevond ten opzichte van Oostenrijkse burgers omdat hij permanent in het land verbleef en bijgedragen had tot de sociale zekerheid via zijn belastingen. Het Hof oordeelde dat de afwezigheid van een onderling akkoord over sociale zekerheid tussen Oostenrijk en Turkije geen rechtvaardiging was voor het verschil in behandeling aangezien de situatie van de verzoeker te zeer leek op die van Oostenrijkse burgers.

Voorbeeld: in de zaak *Koua Poirrez v. Frankrijk* had een burger van Ivoorkust een uitkering aangevraagd omdat hij een handicap had. Dit werd geweigerd omdat de uitkering alleen werd toegekend aan Franse burgers of onderdanen

217 EHRM, *Andrejeva v. Letland* [GC] (nr. 55707/00), 18 februari 2009.

218 EHRM, *Gaygusuz v. Oostenrijk* (nr. 17371/90), 16 september 1996.

van landen waarmee Frankrijk een wederzijds akkoord over sociale zekerheid had gesloten.[219] Het EHRM oordeelde dat de verzoeker zich in een soortgelijke situatie bevond in vergelijking met Franse burgers omdat hij voldeed aan alle andere wettelijke criteria om de uitkering te ontvangen en ook al sociale uitkeringen had ontvangen die niet afhankelijk waren van nationaliteit. Het Hof verklaarde dat er sprake moest zijn van 'zeer zwaarwegende redenen' om een verschil in behandeling te rechtvaardigen tussen de verzoeker en andere onderdanen. In tegenstelling tot de voorgaande zaken waarbij de staat een brede beoordelingsmarge werd toegekend op het gebied van fiscale en sociale zekerheid, was het Hof niet overtuigd van het Franse argument dat de inkomsten en uitgaven van de staat in evenwicht gehouden moesten worden, of van het feitelijke verschil dat er geen wederzijds akkoord was tussen Frankrijk en Ivoorkust. Daarbij moet worden vermeld dat de uitkering in kwestie uitgekeerd werd, ongeacht het feit of de aanvrager bijdragen had gedaan aan de nationale sociale zekerheid (wat de hoofdreden was om in de vorige gevallen discriminatie op grond van nationaliteit niet toe te staan).

4.8. Godsdienst of overtuiging[220]

Hoewel het EU-recht een beperkte bescherming biedt tegen discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, gaat het EVRM verder. In artikel 9 is een op zichzelf staand recht opgenomen op vrijheid van geweten, godsdienst en overtuiging.

Voorbeeld: in de zaak *Alujer Fernandez en Caballero García v. Spanje* klaagden de verzoekers dat, in tegenstelling tot katholieken, ze geen deel van hun inkomstenbelasting konden toewijzen aan hun kerk.[221] Het EHRM verklaarde de zaak niet-ontvankelijk omdat de kerk van de verzoeker zich niet in een vergelijkbare positie bevond als de katholieke kerk, omdat die kerk geen verzoek had ingediend bij de overheid, en omdat de overheid een wederzijdse overeenkomst had met de Heilige Stoel.

219 EHRM, *Koua Poirrez v. Frankrijk* (nr. 40892/98), 30 september 2003.

220 Uitleg over het toepassingsgebied van artikel 9 EVRM is beschikbaar op de RvE-website van de leeromgeving inzake mensenrechten voor juristen: Murdoch, *Freedom of Thought, Conscience and Religion*, Human Rights Handbooks, No. 2, 2007, beschikbaar op: http://www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2122.

221 EHRM, *Alujer Fernandez en Caballero García v. Spanje* (dec.) (nr. 53072/99), 14 juni 2001.

Voorbeeld: in de zaak *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. Frankrijk* was een joodse organisatie betrokken die koosjer vlees certificeerde voor de restaurants en slagers van haar leden.[222] Omdat werd geoordeeld dat het vlees geslacht door een bestaande joodse organisatie niet langer voldeed aan de strikte voorschriften voor koosjer vlees, vroeg de verzoeker toestemming van de staat om zijn eigen rituele slachtingen uit te voeren. Dit werd geweigerd omdat er onvoldoende ondersteuning was vanuit de Frans-joodse gemeenschap en omdat er al erkende rituele slachters waren. Het EHRM oordeelde dat in deze omstandigheden er geen feitelijk nadeel werd geleden door de organisatie, omdat er nog altijd van andere leveranciers vlees kon worden verkregen dat was geslacht volgens de vereiste methoden.

Waaruit nu eigenlijk een 'godsdienst' of 'overtuiging' moet bestaan om in aanmerking te komen voor bescherming op grond van de richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep of het EVRM is nog niet uitvoerig bekeken door het EHvJ of het EHRM, maar werd wel al grondig geanalyseerd door nationale rechtbanken.[223]

Voorbeeld: in *Islington London Borough Council v. Ladele (Liberty intervening)* werd het hof van beroep in het VK gevraagd om te oordelen of verzoekster, een ambtenaar van de burgerlijke stand, gediscrimineerd werd op grond van godsdienst of overtuiging toen ze een disciplinaire maatregel kreeg omdat ze weigerde partnerschappen te registreren.[224] Haar weigering was gebaseerd op haar christelijke overtuiging. Het hof van beroep oordeelde dat dit geen geval was van directe religieuze discriminatie omdat de minder gunstige behandeling niet was gebaseerd op haar religieuze overtuiging, maar op haar weigering om de arbeidsvoorwaarden na te leven. De klacht van indirecte discriminatie werd ook verworpen omdat het hof van beroep vond dat het deel uitmaakte van het overkoepelende engagement van het stadsbestuur om gelijkheid en diversiteit te bevorderen, zowel binnen de gemeenschap als intern, en dat een dergelijk beleid geen afbreuk deed aan het recht van de verzoekster om een dergelijke overtuiging te hebben. Volgens het hof van beroep zou een tegengesteld oordeel leiden tot discriminatie op grond van seksuele geaardheid; het hof stelde

222 EHRM, *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. Frankrijk* [GC] (nr. 27417/95), 27 juni 2000.

223 Het recht op vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging is ook beschermd als een op zichzelf staand recht in artikel 18 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, 1966, (waarvan ook alle lidstaten van de EU en de RvE lid zijn). Zie Comité voor de rechten van de mens van de VN,' Algemene opmerking nr. 22: artikel 18 (vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst)'.

224 Hof van beroep (VK), *Islington London Borough Council v. Ladele (Liberty intervening),* [2009] EWCA Civ 1357, 12 februari 2010.

dat het individuele recht op non-discriminatie moet worden afgewogen tegen het recht van de gemeenschap op non-discriminatie.

In een reeks zaken met betrekking tot het materiële recht van vrijheid van godsdienst en overtuiging in het EVRM, heeft het EHRM duidelijk gemaakt dat de staat niet mag proberen voor te schrijven wat een godsdienst of overtuiging is en wat niet, en dat deze begrippen ook 'atheïsten, agnostici, sceptici en zij die hier verder geen belang aan hechten' beschermen, zodat ook personen worden beschermd die 'al dan niet religieuze overtuigingen hebben en al dan niet een godsdienst belijden'. In deze zaken wordt ook opgemerkt dat godsdienst of overtuiging in wezen persoonlijk en subjectief zijn en niet noodzakelijk verband houden met een geloof dat rond instellingen is opgebouwd.[225] Ook van nieuwere godsdiensten, zoals Scientology, werd geoordeeld dat ze in aanmerking komen voor bescherming.[226]

Het EHRM heeft de idee 'geloof' uitgediept in de context van het recht op onderwijs van artikel 2 van protocol 1 van het EVRM dat bepaalt dat de staat het recht van ouders moet respecteren om te waarborgen dat de opvoeding en het onderwijs van hun kind 'overeenstemmen met hun eigen godsdienstige en filosofische overtuigingen'. Het EHRM stelde:

'In de gewone betekenis van het woord is "overtuiging" op zich geen synoniem van het woord "mening" en "idee" zoals gebruikt in artikel 10 … van het Verdrag dat vrijheid van meningsuiting waarborgt; het is daarentegen meer verwant met de term "geloof" (in de Franse tekst: "convictions") dat voorkomt in artikel 9 … – en wijst op inzichten die een zekere graad van overreding, ernst, cohesie en belang bereiken.'[227]

Het EHRM kreeg onlangs te maken met zaken over religieuze vrijheid in de context van staten die het secularisme willen behouden en het potentieel fragmentarische effect van godsdienst op hun samenleving willen inperken. In deze gevallen werd veel belang gehecht aan het beoogde doel van de staat om wanorde te voorkomen en de rechten en vrijheden van anderen te beschermen.

225 EHRM, *The Moscow Branch of the Salvation Army v. Rusland* (nr. 72881/01), 5 oktober 2006, paragrafen 57-58; EHRM, *Metropolitan Church of Bessarabia en anderen v. Moldavië* (nr. 45701/99), 14 december 2001 para. 114; EHRM, *Hasan en Chaush v. Bulgarije* [GC] (nr. 30985/96), 26 oktober 2000, para. 62 en 78.

226 EHRM, *Church of Scientology Moscow v. Rusland* (nr. 18147/02), 5 april 2007.

227 EHRM, *Campbell en Cosans v. VK* (nrs. 7511/76 en 7743/76), 25 februari 1982, para. 36.

Voorbeeld: in de zaak *Köse en anderen v. Turkije* ging het om een kledingvoorschrift dat het dragen van hoofddoeken op scholen verbood, waarbij werd gesteld dat dit een vorm van discriminatie was op grond van godsdienst omdat het dragen van een hoofddoek een religieus gebruik was bij moslima's.[228] Het EHRM stelde dat de regelgeving niet was verbonden met het lidmaatschap van een bepaalde godsdienst, maar eerder om de neutraliteit en het secularisme op school te waarborgen, wat op zijn beurt wanorde zou voorkomen en moest garanderen dat het recht van andere personen op waarborging van de eigen religieuze overtuiging niet werd geschonden. Daarom werd geoordeeld dat de klacht kennelijk ongegrond en niet-ontvankelijk was. Een zaak met betrekking tot kledingvoorschriften voor leerkrachten werd op een soortgelijke manier aangepakt.[229]

4.9. Taal

Het moet worden opgemerkt dat zowel het Kaderverdrag inzake de bescherming van nationale minderheden van de Raad van Europa, 1995,[230] (geratificeerd door 39 lidstaten) en het Europees Handvest voor regionale talen of talen van minderheden, 1992,[231] (geratificeerd door 24 lidstaten) specifieke verplichtingen oplegt aan staten op het gebied van minderheidstalen. Geen van die instrumenten geeft echter een definitie van 'taal'. Artikel 6, lid 3, van het EVRM voorziet expliciet in bepaalde garanties tijdens strafprocessen, zodat iedereen het recht heeft om op de hoogte gebracht te worden van de beschuldigingen in een taal die hij of zij verstaat en het recht op een tolk heeft indien hij of zij de taal die ter terechtzitting wordt gebezigd niet verstaat of niet spreekt.

Taal komt op zich niet voor als een aparte beschermingsgrond in de antidiscriminatierichtlijnen, maar wel in het EVRM. Toch kan taal beschermd worden op grond van de richtlijn rassengelijkheid voor zover de taal kan worden gekoppeld aan ras of etniciteit, en kan taal door het EHRM in overweging worden genomen. Taal wordt ook beschermd via nationaliteit door het EHvJ in zaken betreffende het vrije verkeer van ersonen.[232]

228 EHRM, *Köse en anderen v. Turkije* (dec.) (nr. 26625/02), 24 januari 2006.

229 EHRM, *Dahlab v. Zwitserland* (dec.) (nr. 42393/98), 15 februari 2001.

230 CETS nr. 157.

231 CETS nr. 148.

232 EHvJ, *Groener v. Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee,* zaak C-379/87 [1989] Jurispr. 3967, 28 november 1989.

De belangrijkste zaak voor het EHRM met betrekking tot taal betrof het onderwijs.

Voorbeeld: in de zaak *Belgium Linguistic* klaagde een groep ouders dat de nationale wetgeving inzake onderwijs discrimineerde op grond van taal.[233] In het kader van de Franstalige en Nederlandstalige gemeenschappen in België, bepaalt een nationale wet dat staatsonderwijs of gesubsidieerd onderwijs alleen wordt aangeboden in het Frans of het Nederlands, naargelang het om Franstalig of Nederlandstalig gebied gaat. Ouders van Franstalige kinderen die in het Nederlandstalige deel wonen, klaagden dat ze hierdoor geen of veel moeilijker Franstalig onderwijs konden vinden voor hun kinderen. Het EHRM oordeelde dat het verschil in behandeling gerechtvaardigd was. De beslissing was gebaseerd op de overweging dat de gebieden hoofdzakelijk eentalig zijn. Het verschil in behandeling was daarom gerechtvaardigd omdat het niet doenlijk zou zijn om het onderwijs in beide talen beschikbaar te stellen. Bovendien stond niets de families in de weg om gebruik te maken van Frans privéonderwijs in de Nederlandstalige gebieden.

Voor meer uitleg over de manier waarom taal in de praktijk werkt, kan worden verwezen naar twee zaken die werden beoordeeld door het Comité voor de rechten van de mens van de VN, verantwoordelijk voor de interpretatie en het toezicht op de naleving van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (waar alle EU-lidstaten zijn toegetreden).

Voorbeeld: in de zaak *Diergaardt v. Namibië* maakten verzoekers deel uit van een minderheidsgroep van Europese afkomst die vroeger politieke autonomie had gekend en nu deel uitmaakte van de staat Namibië.[234] De taal die door deze gemeenschap werd gebruikt, was het Afrikaans. De verzoekers klaagden dat ze tijdens processen verplicht waren om Engels te gebruik in plaats van hun moedertaal. Ze klaagden ook over het overheidsbeleid dat weigerde om in het Afrikaans te antwoorden op schriftelijke of mondelinge communicatie door de verzoekers, ook al hadden ze de mogelijkheid om dat te doen. Het HRC oordeelde dat er geen schending had plaatsgevonden van het recht op een eerlijk proces, omdat de verzoekers niet konden aantonen dat ze hinder ondervonden door het gebruik van het Engels tijdens de processen. Dat wijst erop dat het

233 EHRM, *Zaak 'relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium' v. België* (nr. 1474/62 en anderen), 23 juli 1968.

234 HRC, *Diergaardt en anderen v. Namibië*, Mededeling nr. 760/1997, 6 september 2000.

recht op een tolk tijdens een proces niet geldt voor elke situatie waarbij de gebruikte taal niet de moedertaal is van de benadeelde. De benadeelde moet daarentegen onvoldoende in staat zijn om de taal te begrijpen en te gebruiken. Het HRC oordeelde ook dat het officiële beleid van de staat om niet te communiceren in een taal behalve de officiële landstaal (Engels) een schending was van het recht op gelijkheid voor de wet op grond van taal. Hoewel de staat een officiële taal mag kiezen, moet het de ambtenaren toestaan om in andere talen te reageren als ze daartoe in staat zijn.

4.10. Sociale afkomst, geboorte en eigendom

Deze drie gronden kunnen worden beschouwd als onderling verbonden aangezien ze verwijzen naar een status die wordt toegeschreven aan een persoon op grond van een geërfd sociaal, economische of biologisch kenmerk.[235] In die betekenis kunnen ze ook verbonden zijn met ras en etniciteit. Behalve 'geboorte' werden nog maar weinig of geen zaken voor het EHRM gebracht die betrekking hadden op die beschermingsgronden.

Voorbeeld: in de zaak *Mazurek v. Frankrijk* klaagde een persoon die buiten het huwelijk was geboren dat hij door de nationale wetgeving (als 'onwettig' kind) geen erfenis kon krijgen van meer dan een kwart van het landgoed van zijn moeder.[236] Het EHRM oordeelde dat dit verschil in behandeling, enkel en alleen op grond van het feit dat iemand buiten het huwelijk is geboren, alleen kon worden gerechtvaardigd op grond van zeer 'zwaarwegende redenen'. Hoewel het behoud van het traditionele gezin een legitiem doel was, kon dit doel niet worden verwezenlijkt door het kind te straffen dat geen controle heeft over de omstandigheden van zijn geboorte.

Voorbeeld: in de zaak *Chassagnou en anderen v. Frankrijk* klaagden de verzoekers dat ze geen gebruik mochten maken van hun land zoals ze dat zelf wilden.[237] De wetten in bepaalde regio's van het land verplichten kleine landei-

235 De criteria sociale afkomst, geboorte en eigendom komen ook terug in artikel 2, lid 2, van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten, 1966 (waarvan alle EU-lidstaten lid zijn). Zie Comité inzake economische, sociale en culturele rechten, 'Algemene opmerking nr. 20: Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights' VN-doc. E/C.12/GC/20, 10 juni 2009, paragrafen 24-26, 35.

236 EHRM, *Mazurek v. Frankrijk* (nr. 34406/97), 1 februari 2000.

237 EHRM, *Chassagnou en anderen v. Frankrijk* (nr. 25088/94), 29 april 1999.

genaars om openbare jachtrechten op hun land over te dragen, terwijl eigenaars van grote stukken land die verplichting niet hadden en hun land konden gebruiken zoals zij dat wilden. De verzoekers wilden de jacht op hun land verhinderen en het gebruiken voor het behoud van wilde dieren en planten. Het EHRM oordeelde dat dit een geval van discriminatie was op grond van eigendom.

De gronden sociale afkomst, geboorte en eigendom komen ook terug in artikel 2, lid 2, van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten, 1966. Het Comité inzake economische, sociale en culturele rechten, verantwoordelijk voor het toezicht op de naleving en de interpretatie van het Verdrag, heeft de betekenis van die gronden uitgebreid bij Algemene opmerking nr. 20.

Volgens het Comité zijn 'sociale afkomst', 'geboorte' en 'eigendom' onderling met elkaar verbonden. Sociale afkomst 'verwijst naar iemands geërfde sociale status'. Het kan betrekking hebben op de positie die ze door hun geboorte hebben verworven in een bepaalde sociale klasse of gemeenschap (bijvoorbeeld gebaseerd op etniciteit, geloof of ideologie) of door een sociale situatie zoals armoede en dakloosheid. Daarnaast kan geboorte ook verwijzen naar een status zoals 'geboren buiten het huwelijk' of 'geadopteerd'. De grond of eigendom kan ook gerelateerd zijn aan iemands status ten opzichte van een stuk land (zoals huurder, eigenaar of illegale bewoner) of ten opzichte van andere eigendom.[238]

4.11. Politieke of andere mening

Het EVRM heeft het expliciet over 'politieke of andere mening' als een beschermingsgrond, hoewel het niet voorkomt in de beschermingsgronden van de EU-antidiscriminatierichtlijnen. Vermoedelijk wordt bedoeld dat een mening die niet voldoet aan de definitie van een 'godsdienst of overtuiging' toch in aanmerking kan komen voor bescherming. Deze beschermingsgrond was nog maar zelden het onderwerp van een uitspraak van het EHRM. Net zoals andere domeinen van het EVRM wordt 'politieke of andere mening' beschermd op zich via het recht op vrijheid van meningsuiting van artikel 10 en op grond van de rechtspraak inzake dit domein is het mogelijk om een idee te krijgen van wat hieronder wordt verstaan. In de praktijk lijkt het er op dat wanneer een kennelijk slachtoffer vindt dat er een

238 Comité inzake economische, sociale en culturele rechten, Algemene opmerking nr. 20: Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights' VN-doc. E/C.12/GC/20, 10 juni 2009, paragrafen 24-26, 35.

verschil in behandeling plaatsgevonden, de kans groter is dat het EHRM de klacht gewoon onderzoekt op grond van artikel 10.

In de zaak *Handyside v. VK* oordeelde het EHRM dat het recht op vrije meningsuiting niet alleen bescherming biedt voor '"informatie" of "ideeën" die met instemming worden ontvangen of als onschadelijk of onbelangrijk worden beschouwd, maar ook voor alle informatie en ideeën die de staat of een bevolkingsgroep schokken, verontrusten of beledigen'.[239] Hoewel er veel jurisprudentie te vinden is op dit gebied, beperkt dit hoofdstuk zich ertoe te illustreren hoe de politieke meningsuiting meer kans heeft om bescherming te genieten dan andere meningsuitingen.

Voorbeeld: in de zaak *Steel en Morris v. VK* waren verzoekers actievoerders die pamfletten uitdeelden met valse aantijgingen over het bedrijf McDonald's.[240] Zij werden aangeklaagd wegens laster voor de nationale rechterlijke instanties en moesten schadevergoeding betalen. Het EHRM oordeelde dat de uitspraak een schending inhield van de vrije meningsuiting, maar dat dit het legitieme doel had de reputaties van personen te beschermen. Het Hof oordeelde echter ook dat vrijheid van meningsuiting over zaken van openbaar belang sterk beschermd moest worden. Aangezien McDonald's een krachtige bedrijfsentiteit was en het niet bewezen was dat het bedrijf schade had ondervonden als gevolg van het verdelen van enkele duizenden pamfletten, en omdat de schadevergoeding relatief hoog was in vergelijking met het inkomen van de verzoeker, oordeelde het Hof dat de schending van hun vrije meningsuiting onevenredig was.

Voorbeeld: in de zaak *Castells v. Spanje* ging het om een parlementslid dat werd vervolgd voor het 'beledigen' van de overheid nadat hij zich kritisch had uitgelaten over de nalatigheid van de overheid bij de strijd tegen terrorisme in het Baskenland.[241] Het EHRM benadrukte het belang van vrijheid van meningsuiting in een politieke context, zeker gezien het belang ervan voor de goede werking van een democratische maatschappij. Daarom meende het EHRM dat elke schending met de grootste nauwlettendheid moet worden onderzocht.

239 EHRM, *Handyside v. VK* (nr. 5493/72), 7 december 1976.

240 EHRM, *Steel en Morris v. VK* (nr. 68416/01), 15 februari 2005.

241 EHRM, *Castells v. Spanje* (nr. 11798/85), 23 april 1992.

4.12. 'Andere status'

Zoals gezegd heeft het EHRM verschillende beschermingsgronden ontwikkeld onder de categorie 'andere status', die in veel gevallen samenvallen met de criteria die zijn ontwikkeld in het EU-recht, zoals seksuele geaardheid, leeftijd en handicap.

Naast handicap, leeftijd en seksuele geaardheid, erkent het EHRM ook de volgende kenmerken als beschermingsgronden onder 'andere status': vaderschap;[242] burgerlijke staat;[243] lidmaatschap van een organisatie;[244] militaire rang;[245] ouderschap van een kind geboren buiten het huwelijk;[246] woonplaats.[247]

Voorbeeld: de zaak Petrov v. Bulgarije betrof de regeling in een gevangenis om gevangenen twee keer per maand te laten telefoneren met hun echtgenotes. De verzoeker had vier jaar lang samengewoond met zijn partner en had met haar een kind gekregen voordat hij werd opgesloten. Het EHRM oordeelde dat hoewel het huwelijk een speciale status had voor regels betreffende communicatie via de telefoon, de verzoeker, welke een gezin had gesticht in een stabiele relatie en zich dus in een vergelijkbare situatie bevond als getrouwde paren. Het EHRM zei: '[h]oewel de verdragsluitende landen een bepaalde beoordelingsmarge hebben om getrouwde en niet-getrouwde paren anders te behandelen op het gebied van belastingen, sociale zekerheid of sociaal beleid … is het niet meteen duidelijk waarom getrouwde en niet-getrouwde partners die een gezin hebben gesticht een andere behandeling zouden moeten krijgen als het gaat om telefonisch contact wanneer een van beiden in hechtenis zit.' Het EHRM oordeelde dat de discriminatie niet gerechtvaardigd was.

242 EHRM, *Weller v. Hongarije* (nr. 44399/05), 31 maart 2009.

243 EHRM, *Petrov v. Bulgarije* (nr. 15197/02), 22 mei 2008.

244 EHRM, *Danilenkov en anderen v. Rusland* (nr. 67336/01), 30 juli 2009 (vakbond); EHRM, *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani v. Italië (nr. 2)* (nr. 26740/02), 31 mei 2007 (vrijmetselaars).

245 EHRM, *Engel en anderen v. Nederland* (nrs. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 en 5370/72), 8 juni 1976.

246 EHRM, *Sommerfeld v. Duitsland* [GC] (nr. 31871/96), 8 juli 2003; EHRM, *Sahin v. Duitsland* [GC] (nr. 30943/96), 8 juli 2003.

247 EHRM, *Carson en anderen v. VK* [GC] (nr. 42184/05), 16 maart 2010.

Belangrijkste punten

- In de antidiscriminatierichtlijnen van de EU zijn de beschermingsgronden criteria expliciet vastgelegd: geslacht, raciale of etnische afkomst, leeftijd, handicap, godsdienst of overtuiging en seksuele geaardheid. In het EVRM is dit een open lijst die per geval kan worden uitgebreid.
- In het EU-recht omvat geslacht ook in beperkte mate genderidentiteit ter bescherming van personen die een geslachtsverandering willen ondergaan of hebben ondergaan. Genderidentiteit werd ook door het EHRM onderzocht.
- Elementen zoals huidskleur, afkomst, nationaliteit, taal of religie vallen onder de beschermingsgronden van ras of etniciteit van het EVRM; het wachten is nog op rechtspraak van het EHvJ over het toepassingsgebied van deze beschermingsgrond in het EU-recht.
- Discriminatie op grond van nationaliteit is een beschermingsgrond volgens het EVRM. Discriminatie op grond van nationaliteit is alleen verboden in het EU-recht in het kader van de richtlijn inzake het vrije verkeer van personen.
- De term ‘religie’ moet ruim worden opgevat en is niet beperkt tot georganiseerde of lang gevestigde, traditionele godsdiensten.
- Zelfs in gevallen waar discriminatie zich mogelijk heeft voorgedaan, onderzoekt het EHRM regelmatig de klachten alleen op grond van materiële artikelen van het EHRM. Hierdoor is het niet altijd nodig om een verschil in behandeling te bewijzen of een vergelijking te leveren.

Aanbevolen literatuur

Boza Martinez, ‘Un paso más contra la discriminación por razón de nacionalidad’, *7 Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* (2005).

Breen, *Age Discrimination and Children’s Rights: Ensuring Equality and Acknowledging Difference* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2006).

Bribosia, ‘Aménager la diversité: le droit de l’égalité face à la pluralité religieuse’, 78 *Revue trimestrielle des droits de l’homme* (2009), blz. 319-373.

Cano Palomares, ‘La protección de los derechos de las minorías sexuales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Orientación sexual e identidad de

género. Los derechos menos entendidos' (Barcelona, Human Rights Institute of Catalonia, 2007) , blz. 35-57.

Demaret, 'L'adoption homosexuelle à l'épreuve du principe d'égalité: l'arrêt E.B. contre France', 6343 *Journal des tribunaux* (2009), blz. 145-149.

Evans, *Manual on the wearing of religious symbols in public areas* (Straatsburg, Raad van Europa, 2009).

Flauss, 'L'interdiction des minarets devant la Cour européenne des droits de l'homme: petit exercice de simulation contentieuse', 8 *Recueil Dalloz* (2010), blz. 452-455.

Interights, *Non-Discrimination in International Law* (Londen, Interights, 2005), hoofdstuk 5.

Johnson, 'An essentially private manifestation of human personality: constructions of homosexuality in the European Court of Human Rights', 10.1 *Human Rights Law Review,* (2010), blz. 67-97.

Kastanas, 'La protection des personnes appartenant à des minorités dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme', in Auer, Flückiger, Hottelier (eds.), *Les droits de l'homme et la Constitution: études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni* (Genève/Zürich/Bazel, Schulthess, 2007) blz. 197-218.

Landau en Beigbeder, 'From ILO Standards to EU Law: The Case of Equality Between Men and Women at Work', 21.1 *European Journal of International Law* (2008), blz. 264-267.

Laskowski, 'Der Streit um das Kopftuch geht weiter, Warum das Diskriminierungsverbot nach nationalem und europäischem Recht immer bedeutsamer wird', *Kritische Justiz* (2003), blz. 420-444.

Lawson, 'The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities: new era or false dawn?', 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* (2007) 563.

MacKay, 'The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities', 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* (2007) 323.

Pettiti, 'L'égalité entre époux', in Krenc, Puéchavy (eds.). *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme: actes du colloque organisé le 4 mai 2007*, Institut des droits de l'homme du Barreau de Brussel et Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris (Brussel, Bruylant/Nemesis, 2008), blz. 29-46.

Presno Linera, 'La consolidación europea del derecho a no ser discriminado por motivos de orientación sexual en la aplicación de disposiciones nacionales', 1 *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, (2008).

Rudyk, 'A Rising Tide: the transformation of sex discrimination into gender discrimination and its impact on law enforcement', 14.2 *International Journal of Human Rights* (2010), blz. 189-214.

Shuibne, 'Article 13 EC and Non-Discrimination on Grounds of Nationality: Missing or in Action?', in Costello en Barry (eds.) *Equality in Diversity: The New Equality Directives* (Irish Centre for European Law, 2003).

Thürer en Dold, 'Rassismus und Rule of Law/Erstmalige Verurteilung wegen Rassendiskriminierung durch den EGMR? Gleichzeitige Besprechung des Urteils vom 26. Februar 2004 – Nachova u. a. gegen Bulgarien', *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (2005) blz. 1-12.

Tulkens, 'Droits de l'homme, droits des femmes: les requérantes devant la Cour européenne des Droits de l'Homme', in Caflisch (*et al*), *Liber amicorum Luzius Wildhaber: human rights, Strasbourg views = Droits de l'homme, regards de Strasbourg* (Kehl/Straatsburg, Arlington, Va. N.P. Engel, 2007), blz. 423-445.

5

Bewijsmoeilijkheden in het non-discriminatierecht

5.1. Inleiding

Discriminatie uit zich niet altijd op een open en eenvoudig te identificeren manier. Het aantonen van directe discriminatie is vaak moeilijk, hoewel het verschil in behandeling per definitie 'openlijk' is gebaseerd op een kenmerk van het slachtoffer. Zoals besproken in hoofdstuk 2 is de reden van een verschil in behandeling vaak niet uitgedrukt of slechts oppervlakkig gerelateerd aan een andere factor (zoals voordelen onder de voorwaarde dat iemand met pensioen is, verbonden met leeftijd als een beschermingsgrond). Wat dat betreft, zijn er maar een paar gevallen waarin personen zich openlijk op een beschermingsgrond beroepen als basis voor een verschil in behandeling. Een uitzondering hierop is de zaak *Feryn*, waarbij de eigenaar van een Belgisch bedrijf in advertenties en mondeling verklaarde dat geen 'immigranten' zouden worden aangeworven.[248] Het EHvJ oordeelde dat dit een duidelijk geval was van directe discriminatie op grond van ras of etniciteit. De overtreders zeggen uiteraard niet altijd dat ze iemand minder gunstig behandelen ten opzichte van anderen of geven andere redenen hiervoor op. Een vrouw kan geweigerd worden voor een baan en te horen krijgen dat ze 'minder gekwalificeerd' is dan de mannelijke kandidaat die de baan krijgt. In zo'n situatie kan het moeilijk zijn voor het slachtoffer te bewijzen dat er sprake is van directe discriminatie op grond van geslacht.

248 EHvJ, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*, zaak C-54/07 [2008] Jurispr. I-5187, 10 juli 2008.

Om het makkelijker te maken te bewijzen dat een verschil in behandeling is gebaseerd op een beschermingsgrond, staat het Europese non-discriminatierecht toe dat de bewijslast wordt gedeeld. Indien de eiser feiten kan aantonen dat discriminatie heeft plaatsgevonden, het aan de overtreder is om het tegendeel te bewijzen. De verschuiving van de bewijslast is vooral handig bij klachten van indirecte discriminatie waar het nodig is om te bewijzen dat bepaalde regels of praktijken een onevenredig effect hebben op een bepaalde groep. Om een vermoeden van indirecte discriminatie te stellen, moet een eiser mogelijk steunen op statistische gegevens die wijzen op een algemeen patroon van een verschillende behandeling. In sommige nationale rechtsgebieden wordt ook bewijs aanvaard op basis van 'situatietests' (*situation testing*).

5.2. Gedeelde bewijslast

Doorgaans dient de persoon die de klacht indient het beslissingsorgaan te overtuigen van het feit dat discriminatie heeft plaatsgevonden. Toch kan het erg moeilijk zijn om aan te tonen dat het verschil in behandeling plaatsvond op grond van een beschermingsgrond. De reden daarvoor is dat het motief achter de verschillende behandeling vaak alleen bestaat in het hoofd van de overtreder. Dienovereenkomstig zijn klachten van discriminatie meestal gebaseerd op een objectieve schending met betrekking tot de regeling of praktijk in kwestie. Met andere woorden, de rechterlijke instantie moet worden overtuigd dat de enige redelijke verklaring voor het verschil in behandeling het beschermde kenmerk is van het slachtoffer, zoals geslacht of ras. Dat beginsel geldt ook in gevallen van directe of indirecte discriminatie.

Gedeelde bewijslast: de eiser moet voldoende bewijs overleggen om aan te tonen dat zich een discriminerende behandeling heeft voorgedaan. Dit zal een vermoeden van discriminatie opleveren, wat de vermeende overtreder vervolgens moet weerleggen.

Omdat de overtreder in het bezit is van de informatie die nodig is om een klacht te bewijzen, laat het non-discriminatierecht toe om de bewijslast te delen met de beweerde overtreder. Het principe van bewijslastverdeling zit verankerd in het recht van de EU en het EVRM.[249]

249 Naast de zaken hieronder, zie ook richtlijn rassengelijkheid (artikel 8), richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep (artikel 10), richtlijn betreffende gelijkheid van mannen en vrouwen (herschikking) (artikel 19), richtlijn inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot goederen en diensten (artikel 9). Zie ook jurisprudentie van het Europees comité voor de sociale rechten: *SUD Travail Affaires Sociales v. Frankrijk* (klacht nr. 24/2004), 8 november 2005 en *Mental Disability Advocacy Centre (MDAC) v. Bulgarije* (klacht nr. 41/2007), 3 juni 2008.

Dit werd al uitgelegd via de rechtspraak van het EHRM dat naast andere regionale en internationale mechanismen voor de bescherming van de mensenrechten ook het delen van de bewijslast in ruimere zin heeft aangenomen om klachten van schendingen van de mensenrechten te bewijzen. Het EHRM bekijkt het beschikbare bewijs in zijn geheel, ermee rekening houdende dat het de staat is die vaak veel van de informatie controleert die nodig is om een klacht te bewijzen. Dienovereenkomstig zal het EHRM feiten als bewezen aanvaarden als de feiten die door de eiser worden voorgesteld geloofwaardig en consistent zijn met het beschikbare bewijs, tenzij de staat een overtuigende alternatieve uitleg heeft. Het EHRM aanvaard als feiten alle beweringen die:

> *'ondersteund worden door de vrije beoordeling van al het bewijs, met inbegrip van schendingen die het gevolg kunnen zijn van de feiten en het voorgelegde door de partijen ...[H]et bewijs kan worden afgeleid uit het samengaan van voldoende sterke, duidelijke en overeenstemmende inbreuken of van soortgelijke niet weerlegde veronderstellingen van feiten. Bovendien is het vereiste niveau van overtuiging dat nodig is om een bepaalde conclusie te bereiken en, in dat verband, de verdeling van de bewijslast, intrinsiek verbonden met de specificiteit van de feiten, de aard van de klachten en het betrokken EVRM-recht.'*[250]

Voorbeeld: in de zaak *Timishev v. Rusland* stelde eiser dat hij werd tegengehouden aan een controlepunt wegens zijn Tsjetsjeense etnische afkomst.[251] Het EHRM oordeelde dat de klacht ondersteund werd door officiële documenten waarin een beleid naar voren kwam om het verkeer van etnische Tsjetsjenen te beperken. De uitleg van de staat werd niet overtuigend geacht wegens inconsistenties in de bewering dat het slachtoffer vrijwillig vertrok nadat werd geweigerd om hem prioriteit te geven in de rij. Bijgevolg aanvaardde het EHRM dat de eiser werd gediscrimineerd op grond van zijn etnische afkomst.

Voorbeeld: in de zaak *Brunnhofer* stelde verzoekster dat ze werd gediscrimineerd op grond van geslacht omdat ze minder loon kreeg dan een mannelijke collega die in dezelfde loonschaal zat.[252] Het EHvJ verklaarde dat het

250 EHRM, *Nachova en anderen v. Bulgarije* [GC] (nrs. 43577/98 en 43579/98), 6 juli 2005, para. 147. Dit wordt herhaald in de zaak EHRM, *Timishev v. Rusland* (nrs. 55762/00 en 55974/00), 13 december 2005, para. 39 en EHRM, *D.H. en anderen v. Tsjechië* [GC] (nr. 57325/00), 13 november 2007, para. 178.

251 EHRM, *Timishev v. Rusland* (nrs. 55762/00 en 55974/00), 13 december 2005, paragrafen 40-44.

252 EHvJ, *Susanna Brunnhofer v. Bank der österreichischen Postsparkasse AG*, zaak C-381/99 [2001] Jurispr. I-4961, 26 juni 2001, para. 51-62.

aan verzoekster was om ten eerste te bewijzen dat ze minder loon kreeg dan haar mannelijke collega en ten tweede dat ze gelijkwaardig werk deed. Dat zou volstaan om de schijn van een verschil in behandeling te doen vermoeden dat alleen kan worden verklaard door het verschil in geslacht. Het zou dan de taak van de werkgever zijn om dit te weerleggen.

Twee zaken moeten in het achterhoofd worden gehouden. Eerst en vooral is het de nationale wetgeving die bepaalt welk soort bewijs toegelaten is voor de nationale rechterlijke instanties, en dat kan strikter zijn dan de maatstaven die door het EHRM of het EHvJ worden gebruikt. Ten tweede geldt de regel van het omkeren van de bewijslast niet in gevallen van strafrecht waarbij de staat de overtreder vervolgt voor een misdrijf dat is ingegeven door raciale vooroordelen, ook bekend onder de naam 'haatmisdrijf'. Dat komt deels omdat een hogere bewijsnorm nodig is om de strafrechtelijke aansprakelijkheid te bepalen, en deels omdat het moeilijk zou zijn om van een overtreder te vragen dat hij of zij zou bewijzen dat hij of zij geen racistisch motief had, wat volkomen subjectief is.[253]

De beweerde overtreder kan de veronderstellingen op twee manieren weerleggen. Ze kunnen ofwel bewijzen dat de eiser zich niet in een soortgelijke of vergelijkbare situatie bevindt zoals besproken in hoofdstuk 2.2.2 of dat het verschil in behandeling niet is gebaseerd op de beschermingsgrond, maar op andere objectieve verschillen zoals besproken in hoofdstuk 2.6. Als de overtreder er niet in slaagt om de veronderstelling te weerleggen, zal hij zich moeten verdedigen voor het verschil in behandeling en aantonen dat het een objectief gerechtvaardigde en evenredige maatregel is.

Voorbeeld: in de zaak *Brunnhofer*, zie hierboven, bood het EHvJ richtsnoeren aan over hoe de werkgever de veronderstelling van discriminatie kon weerleggen. Eerst door aan te tonen dat de mannelijke en vrouwelijke werknemers zich niet in een vergelijkbare situatie bevonden omdat ze werk uitvoerden dat niet gelijkwaardig was. Dat zou het geval kunnen zijn als hun functies taken omvatten die erg verschillend zijn. Ten tweede door aan te tonen dat objectieve factoren, die niets van doen hebben me geslacht, het verschil in betaling konden verklaren. Dat zou het geval kunnen zijn wanneer het inkomen van de

253 Voor de aanpak van het EVRM ten aanzien van het omkeren van de bewijslast bij racistisch geweld, zie EHRM, *Nachova en anderen v. Bulgarije* [GC] (nrs. 43577/98 en 43579/98), 6 juli 2005, paragrafen 144-159. Volgens de Europese antidiscriminatiewetgeving hoeft het omkeren van de bewijslast niet te worden toegepast in een strafrechtelijke context.

mannelijke werknemer werd aangevuld door reiskostenvergoedingen omdat hij zich over een lange afstand moest verplaatsen en in een hotel moest verblijven tijdens de werkweek.

Voorbeeld: in de zaak *Feryn*, zie hierboven, oordeelde het EHvJ dat de advertenties en verklaringen van de overtreder aanleiding gaven tot een vermoeden van directe discriminatie. Het EHvJ zei evenwel ook dat de vermeende overtreder dit vermoeden kon weerleggen als hij kon bewijzen dat bij de wervingspraktijken niet-blanken niet anders werden behandeld – bijvoorbeeld door aan te tonen dat ook regelmatig niet-blanke personen in dienst werden genomen.

5.2.1. Factoren die geen bewijs nodig hebben

Bepaalde feiten die vaak samengaan met voorbeelden van discriminatie, zoals het bestaan van een vooroordeel of een intentie om te discrimineren, zijn in feite niet van belang bij het bepalen of aan de wettelijke toets voor discriminatie werd voldaan. Wat moet worden bewezen in een geval van discriminatie, is alleen het bestaan van een ongerechtvaardigd verschil in behandeling op grond van een beschermingsgrond. Dat betekent dat verschillende bijkomstige feiten rond een discriminatie niet vastgesteld hoeven te worden om een klacht te bewijzen.

Ten eerste is het niet nodig om te bewijzen dat de overtreder werd gemotiveerd door vooroordelen – het is met andere woorden niet nodig om aan te tonen dat de overtreder 'racistische' of 'seksistische' meningen heeft om discriminatie op grond van ras of geslacht te bewijzen. In het algemeen kan de wetgeving de houding van een persoon niet regelen, omdat dit een volledig intern gegeven is. Het kan alleen activiteiten reguleren via welke bepaalde attitudes zich kunnen manifesteren.

Voorbeeld: in de zaak *Feryn* verklaarde de eigenaar van het bedrijf dat hij de regel toepaste omdat zijn klanten (en niet hijzelf) alleen blanke Belgen wilden om het werk uit te voeren. Het EHvJ oordeelde dat dit niet relevant was om uit te maken of er discriminatie had plaatsgevonden. Het is normaal gesproken niet nodig om een discriminerend motief te bewijzen, tenzij men probeert aan te tonen dat een 'haatmisdrijf' werd gepleegd, aangezien het strafrecht hogere bewijsdrempels heeft.

Ten tweede is het niet nodig om aan te tonen dat de regel of praktijk in kwestie bedoeld is om te leiden tot een verschil in behandeling. Met andere woorden, zelfs

wanneer een publieke instantie of een privépersoon kan verwijzen naar een goed bedoelde praktijk, zal die praktijk toch als discriminatie worden beschouwd als daardoor een benadeling van een bepaalde groep optreedt.

Voorbeeld: in de zaak *D.H. en anderen v. Tsjechië*, hierboven besproken, voerde de overheid aan dat het systeem van 'speciale' scholen werd opgezet om het onderwijs aan Romakinderen te ondersteunen door taalmoeilijkheden te overwinnen en het gebrek aan kleuteronderwijs aan te pakken.[254] Het EHRM oordeelde echter dat het niet relevant was of het beleid in kwestie al dan niet was gericht op Romakinderen. Om discriminatie te bewijzen, was het nodig om aan te tonen dat ze onevenredig en negatief getroffen werden in vergelijking met de meerderheidsbevolking, niet dat er een intentie was om te discrimineren.[255]

Ten derde, met betrekking tot een geval van rassendiscriminatie, oordeelde het EHvJ dat er geen behoefte was om te bewijzen dat er daadwerkelijk een identificeerbaar slachtoffer is; een principe dat vermoedelijk ook kan worden toegepast op andere gronden van discriminatie in soortgelijke situaties. Hoewel er volgens het EU-recht geen identificeerbaar slachtoffer nodig is, is dat wel het geval voor de toegang tot het EHRM, waar een dergelijke klacht niet zou voldoen aan de ontvankelijkheidscriteria van artikel 34 van het EVRM.

Voorbeeld: in de zaak *Feryn* was het niet mogelijk om aan te tonen dat iemand gesolliciteerd had voor een baan en werd geweigerd, en het was niet mogelijk om iemand te vinden die had besloten niet te solliciteren voor de baan op basis van de advertentie. Met andere woorden, er was geen 'identificeerbaar' slachtoffer en de zaak werd aangekaart door het Belgische orgaan voor de bevordering van gelijke behandeling. Het EHvJ oordeelde dat het niet nodig was om iemand te identificeren die werd gediscrimineerd. De reden daarvoor was dat het duidelijk was uit de bewoordingen van de advertentie dat 'niet-blanken' werd afgeraden om te solliciteren omdat ze op voorhand wisten dat ze niet zouden worden aangenomen. Op basis daarvan zou het mogelijk zijn om te bewijzen dat er sprake was van een discriminerende wetgeving of praktijk zonder de behoefte aan een feitelijk slachtoffer.

254 EHRM, *D.H. en anderen v. Tsjechië* [GC] (nr. 57325/00), 13 november 2007, para. 79.

255 *Ibid*, para. 175, 184.

Voorbeeld: in zaken van 'situatietests' (hieronder beschreven) ondernemen personen acties in de wetenschap of verwachting dat ze ongunstig zullen worden behandeld. Hun belangrijkste doel is niet de eigenlijke toegang tot de dienst in kwestie, maar het verzamelen van bewijs. Dat betekent dat deze personen geen 'slachtoffers' zijn in de traditionele betekenis van het woord. Ze zijn bezorgd over de naleving van de wet en zoeken geen compensatie voor geleden schade. In een zaak voor een Zweedse rechtbank had een groep rechtenstudenten situatietests uitgevoerd in nachtclubs en restaurant en het Zweedse hooggerechtshof oordeelde dat de personen die daarbij waren betrokken nog steeds het recht hadden om hun zaak als discriminatie voor een rechtbank te brengen. Op hetzelfde moment kon de schadevergoeding die hen werd toegekend, worden verminderd om rekening te houden met het feit dat hen niets werd ontzegd dat ze hadden gewild (m.a.w. toegang tot bepaalde plaatsen).[256]

5.3. De rol van statistische en andere gegevens

Statistische gegevens kunnen een belangrijke rol spelen om verzoekers te helpen bij het bewijzen van een vermoeden van discriminatie. Dat is met name van nut bij het bewijzen van indirecte discriminatie, omdat in die situaties de regelingen of praktijken in kwestie op het eerste gezicht neutraal zijn. Wanneer dat het geval is, moet er vooral gekeken worden naar de gevolgen van de regelgeving of praktijken om aan te tonen dat ze onevenredig ongunstig zijn voor specifieke groepen door ze te vergelijken met anderen in een soortgelijke situatie. Het overleggen van statistische gegevens gaat samen met het omkeren van de bewijslast: wanneer uit gegevens blijkt dat bijvoorbeeld vrouwen of personen met een handicap specifiek benadeeld worden, zal het aan de staat zijn om een overtuigende alternatieve uitleg te geven voor de cijfers. Het EHRM heeft dit duidelijk gemaakt in de zaak *Hoogendijk v. Nederland*:[257]

> *'[H]et Hof overweegt dat als een eiser, op grond van onomstreden officiële statistieken, het bestaan kan aantonen van een 'prima facie' bewijs dat een bepaalde regel – hoewel geformuleerd op een neutrale manier – in feite*

256 Hoogerechtshof (Zweden) *Escape Bar en Restaurant v. Ombudsman tegen etnische discriminatie* T-2224-07, 1 oktober 2008 (Zweden, hooggerechtshof). Engelse samenvatting beschikbaar op FRA InfoPortal, zaak 365-1; Europees Netwerk van juridische deskundigen inzake antidiscriminatie, 8 (juli 2009) *European Anti-Discrimination Law Review*, blz. 68.

257 *Hoogendijk v. the Netherlands* (dec.) (No. 58641/00), 6 January 2005.

discrimineert, het aan de overheid is om aan te tonen dat dit voortvloeit uit objectieve factoren die geen verband houden met enige vorm van discriminatie op grond van geslacht.'

Bij het analyseren van statistische gegevens hebben de rechterlijke instanties blijkbaar geen strikte drempelwaarden vastgelegd die moeten worden aangetoond bij het vaststellen van indirecte discriminatie. Het EHvJ benadrukt dat wel een aanzienlijk aantal moet worden bereikt. Een samenvatting van EHvJ-rechtspraak wordt gegeven in het advies van Léger AG in de zaak *Nolte* waar hij met betrekking tot discriminatie op grond van geslacht het volgende zei:

'[O]m als discriminatoir te worden beschouwd, moet de maatregel "een veel groter aantal vrouwen dan mannen" [Rinner-Kühn[258]] of "aanzienlijk minder mannen dan vrouwen" [Nimz[259], Kowalska[260]] of "een veel groter percentage vrouwen dan mannen" [De Weerd, née Roks, en anderen[261]]' treffen.

Het aantal vrouwen dat door deze maatregel wordt getroffen moet daarom bijzonder markant zijn. In het arrest Rinner-Kühn concludeerde het Hof een discriminerende situatie , aangezien het percentage getroffen vrouwen 89% bedroeg. Op grond daarvan zou een percentage van 60% ... waarschijnlijk onvoldoende zijn om het bestaan van discriminatie af te leiden.'[262]

Voorbeeld: in de zaak *Schönheit* stelde een deeltijdse werkneemster dat ze werd gediscrimineerd op grond van geslacht.[263] Het verschil in pensioenen, dat niet was gebaseerd op verschillen in het aantal gepresteerde uren, zorgde ervoor dat deeltijdse werkneemsters in de praktijk minder betaald werden dan voltijdse werknemers. Statistische gegevens werden erbij gehaald om aan te tonen dat 87,9% van de deeltijdse werknemers vrouwen waren. Omdat de maatregel, ook al was die neutraal, negatieve gevolgen had voor onevenredig

258 EHvJ, *Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung*, zaak 171/88 [1989] Jurispr. 2743, 13 juli 1989.

259 EHvJ, *Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg*, zaak C-184/89 [1991] Jurispr. I-297, 7 februari 1991.

260 EHvJ, *Kowalska v. Freie und Hansestadt Hamburg*, zaak C-33/89 [1990] Jurispr. I-2591, 27 juni 1990.

261 EHvJ, *De Weerd, née Roks, en anderen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen en anderen*, zaak C-343/92 [1994] Jurispr. I-571, 24 februari 1994.

262 Advies van advocaat-generaal Leger van 31 mei 1995, paragrafen 57-58 in EHvJ, *Nolte v. Landesverischerungsanstalt Hannover,* zaak C-317/93 [1995] Jurispr. I-4625, 14 december 1995.

263 EHvJ, *Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main* en *Silvia Becker v. Land Hessen*, gevoegde zaken C-4/02 en C-5/02 [2003] Jurispr. I-12575, 23 oktober 2003.

meer vrouwen dan mannen, aanvaardde het EHvJ dat er sprake was van een vermoeden van indirecte discriminatie op grond van geslacht. In een soortgelijke zaak werd een nadeel voor deeltijdse werknemers, waarvan 87% vrouwen, aanvaard als voldoende zwaarwegend in de zaak *Gerster*.[264]

Voorbeeld: de zaak *Seymour-Smith* ging over een wet in het Verenigd Koninkrijk over onrechtmatig ontslag waarbij speciale bescherming werd toegekend aan personen die langer dan twee jaar onafgebroken voor dezelfde werkgever werkten.[265] Klager stelde dat dit een vorm van indirecte discriminatie was op grond van geslacht, omdat vrouwen veel minder dan mannen voldeden aan dit criterium. Deze zaak is interessant omdat het EHvJ suggereerde dat een kleiner verschil in percentage nog altijd een vorm van indirecte discriminatie kan zijn als bleek dat een aanhoudend en constant verschil bestond gedurende een lange periode tussen mannen en vrouwen. Echter, gebaseerd op de specifieke feiten van deze zaak gaf het EHvJ aan dat de beschikbare statistieken waaruit bleek dat 77,4% van de mannen en 68,9% van de vrouwen voldeden aan het criterium, geen bewijs waren dat een aanzienlijk kleiner aantal percentage vrouwen konden voldoen aan de regel.

Voorbeeld: de zaak *D.H. en anderen v. Tsjechië* ging over klachten van Roma dat hun kinderen werden uitgesloten van het gewone onderwijs en in 'speciale' scholen werden geplaatst, bedoeld voor kinderen met leerproblemen, op grond van hun Roma-afkomst.[266] Het plaatsen van Romakinderen in 'speciale' scholen gebeurde op basis van tests die bedoeld waren om iemands intellectuele capaciteit te meten. Ondanks deze ogenschijnlijk 'neutrale' praktijk, was de test inherent moeilijker voor Romakinderen zodat ze slechter scoorden en buiten het gewone onderwijssysteem vielen. Het EHRM oordeelde dat dit bewezen was door te verwijzen naar statistische gegevens waaruit bleek dat een zeer hoog percentage van Romaleerlingen in 'speciale' scholen werd geplaatst. Uit de gegevens die door de verzoekers werden ingediend met betrekking tot hun specifieke geografische gebied, bleek dat 50 tot 56% van de leerlingen in speciale scholen Roma waren, terwijl ze slechts twee procent van het totale aantal leerlingen uitmaakten. Uit gegevens van intergouvernementele bronnen bleek dat tussen de 80 en 90% van de Roma over het hele land in een speciale

264 EHvJ, *Gerster v. Freistaat Bayern*, zaak C-1/95 [1997] Jurispr. I-5253, 2 oktober 1997.

265 EHvJ, *R v. Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith en Perez*, zaak C-167/97 [1999] Jurispr. I-623, 9 februari 1999.

266 EHRM, *D.H. en anderen v. Tsjechië* [GC] (nr. 57325/00), 13 november 2007.

school zat. Het EHRM oordeelde dat, hoewel de gegevens niet exact waren, het aantal getroffen Romakinderen 'onevenredig hoog' was in vergelijking met hun aandeel in de totale bevolking.[267]

Het blijkt dat het mogelijk is om te bewijzen dat een beschermde groep onevenredig getroffen wordt, zelfs wanneer geen statistische gegevens beschikbaar zijn, maar waar de beschikbare bronnen betrouwbaar zijn en een dergelijke analyse ondersteunen.

Voorbeeld: de zaak *Opuz v. Turkije* had betrekking op een persoon met een verleden van huiselijk geweld die zijn vrouw en haar moeder verschillende keren had aangevallen en uiteindelijk de moeder had vermoord.[268] Het EHRM oordeelde dat de staat had nagelaten om de verzoekster en haar moeder te beschermen tegen onmenselijke en vernederende behandeling en ook had nagelaten om het leven van laatstgenoemde te beschermen. Het oordeelde ook dat de staat de verzoeksters had gediscrimineerd omdat het niet verlenen van voldoende bescherming was gebaseerd op het feit dat ze vrouwen waren. Het kwam tot deze conclusie onder meer op grond van bewijzen dat slachtoffers van huiselijk geweld voornamelijk vrouwen waren en dat uit de cijfers bleek dat de nationale rechtbanken relatief weinig gebruik hadden gemaakt van hun bevoegdheid om het bevel te geven slachtoffers van huiselijk geweld te beschermen. Het interessante aan deze zaak was dat geen statistische gegevens werden voorgelegd aan het EHRM waaruit bleek dat slachtoffers van huiselijk geweld voornamelijk vrouwen waren, en het werd ook opgemerkt dat er volgens Amnesty International geen betrouwbare gegevens hieromtrent voorhanden waren. Het EHRM aanvaardde echter de beoordeling van Amnesty International, een gereputeerde nationale NGO en het VN-Comité voor de uitbanning van discriminatie van vrouwen dat geweld tegen vrouwen een aanzienlijk probleem vormde in Turkije.

Opvallend is dat statistische gegevens niet altijd nodig zijn om een geval van indirecte discriminatie te bewijzen. Of statistische gegevens nodig zijn om een klacht te bewijzen, hangt af van de feiten in de zaak. Zo kunnen bewijzen inzake de praktijken of overtuigingen van anderen die in dezelfde beschermde categorie vallen volstaan.

267 *Ibid.,* para.18, 196-201.

268 EHRM, *Opuz v. Turkije* (nr. 33401/02), 9 juni 2009.

Voorbeeld: in de zaak *Ošruš en anderen v. Kroatië* hadden bepaalde scholen klassen samengesteld met een beperkt curriculum in vergelijking met normale klassen.[269] Er werd beweerd dat die klassen een onevenredig hoog aantal Romaleerlingen bevatten en daarom een vorm van indirecte discriminatie vormden op grond van etniciteit. De overheid beweerde dat de klassen werden samengesteld op basis van vaardigheden in de Kroatische taal en dat zodra leerlingen voldoende taalvaardig waren, ze werden overgeplaatst naar de gewone klassen. Het EHRM oordeelde dat, in tegenstelling tot de zaak *D.H. en anderen*, de statistieken op zich geen aanleiding waren voor een vermoeden van discriminatie. In een van de scholen was 44% van de leerlingen Roma en zat 73% in een klas met alleen Romaleerlingen. In een andere school was 10% van de leerlingen Roma en zat 36% in een klas met alleen Romaleerlingen. Dat bevestigde dat er geen sprake was van een algemeen beleid om de Roma automatisch in aparte klassen onder te brengen. Toch verklaarde het EHRM dat het mogelijk was om een aantijging van indirecte discriminatie hard te maken zonder te steunen op statistische gegevens. In dit geval was het een feit dat de maatregel om kinderen in afzonderlijke klassen te plaatsen op grond van hun onvoldoende kennis van het Kroatisch alleen werd toegepast op Romaleerlingen. Bijgevolg gaf dit aanleiding tot een vermoeden van verschil in behandeling.

Voorbeeld: in een zaak voor de Sloveense raadsman voor het gelijkheidsbeginsel voorzag een werkgever maaltijden aan werknemers waarin vaak afgeleide producten van varkensvlees of -vet waren verwerkt. Een moslimwerknemer vroeg de alternatieve maandelijkse maaltijdvergoeding aan om zelf eten te kopen, maar dat werd door de werkgever alleen toegekend aan werknemers die om medische redenen een andere maaltijdregeling wilden treffen.[270] Dit was een geval van indirecte discriminatie omdat een praktijk die op het eerste gezicht neutraal was, een inherent negatieve impact had op moslims die geen varkensvlees mogen eten. In deze zaak was het niet nodig om statistische bewijzen aan te dragen om de negatieve gevolgen voor moslims aan te tonen omdat eenvoudig kan worden vastgesteld dat moslims geen varkensvlees mogen eten door te verwijzen naar hun religieuze praktijken.

Voorbeeld: in een zaak voor een rechtbank in het Verenigd Koninkrijk verbood een werkgever het dragen van juwelen (ook die voor religieuze doeleinden)

269 EHRM, *Oršuš en anderen v. Kroatië* [GC] (nr. 15766/03), 16 maart 2010, para. 152 en 153.

270 Advocate of the Principle of Equality (Slovenië), besluit nr. UEM-0921-1/2008-3, 28 augustus 2008. Engelse samenvatting beschikbaar op FRA InfoPortal, zaak 364-1; Europees Netwerk van juridische deskundigen inzake antidiscriminatie, 8 (juli 2009) *European Anti-Discrimination Law Review*, blz. 64.

aan de buitenkant van het uniform van werknemers.[271] Een christelijke werknemer vond dat dit een vorm van discriminatie op grond van religie was omdat ze geen kruis mocht dragen. Tijdens de behandeling van de zaak en in de daaropvolgende beroepsprocedures waren de rechterlijke instanties bereid om te aanvaarden dat dit een geval indirecte discriminatie kon zijn, als kon worden aangetoond dat het dragen van een kruis een vereiste is van het christelijke geloof. De arbeidsrechtbank zocht hiervoor naar bewijzen bij deskundigen op het gebied van christelijke gebruiken en niet in statistische gegevens over het aantal christenen dat religieuze symbolen draagt op het werk.

Belangrijkste punten

- Het motief achter de minder gunstige behandeling is irrelevant; het is de impact die telt.
- Volgens het EU-recht hoeft er geen identificeerbaar slachtoffer te zijn.
- De initiële bewijslast ligt bij de klager om bewijzen te verzamelen die erop wijzen dat discriminatie heeft plaatsgevonden.
- Statistische gegevens kunnen worden gebruikt om een vermoeden van discriminatie te ondersteunen.
- De bewijslast verschuift dan naar de beweerde overtreder die moet bewijzen dat de minder gunstige behandeling niet was gebaseerd op een van de beschermingsgronden.
- Het vermoeden van discriminatie kan worden weerlegd door te bewijzen: dat het slachtoffer zich niet in een soortgelijke situatie bevindt als zijn of haar 'vergelijker'; of dat het verschil in behandeling is gebaseerd op een objectieve factor die niet is verbonden met de beschermingsgrond. Als de overtreder er niet in slaagt om dit vermoeden te weerleggen, kan hij of zij nog altijd proberen om het verschil in behandeling te rechtvaardigen.

Aanbevolen literatuur

Bragoï, 'La discrimination indirecte implique le transfert de la charge de la preuve au gouvernement défendeur: CourEDH, Gde Ch., D.H. et autres c. République tchèque,

271 Hof van beroep (VK), *Eweida v. British Airways Plc* [2010] EWCA Civ 80, 12 februari 2010.

13 novembre 2007', *L'Europe des libertés: revue d'actualité juridique*, (2008), blz. 18-19.

ERRC/Interights/MPG, *Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice* (Nottingham, Russell Press, 2004), hoofdstuk 4 'Strategic Litigation in Practice'.

Europees Netwerk van juridische deskundigen inzake antidiscriminatie, *Measuring Discrimination: Data Collection and EU Equality Law* (Luxemburg, Publicatiebureau, 2007), hoofdstuk 3 'The role of data in ensuring compliance with equal treatment law'.

Interights, *Non-Discrimination in International Law* (Londen, Interights, 2005), hoofdstuk 4 'Procedure: Making a Discrimination Claim'.

Horizons Stratégiques (No. 5 2007/3), 'La discrimination saisie sur le vif: Le testing' (periodical containing a number of articles relating to situation testing), beschikbaar op: www.cairn.info/revue-horizons-strategiques-2007-3.htm.

Schiek, Waddington en Bell, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* (Oxford, Hart Publishing, 2007), hoofdstuk 8.5.1.E 'Situation Testing'.

Jurisprudentieregister

Rechtspraak van het Internationaal Gerechtshof

Rechtspraak van het Europees Hof van Justitie

Rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens

Rechtspraak van het Europees comité voor de sociale rechten

Rechtspraak van het Comité voor de rechten van de mens

Rechtspraak van nationale rechterlijke instanties

Overzicht van wetteksten

Internationale instrumenten

Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (4 november 1950)

Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (16 december 1966)

Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (16 december 1966)

Verdrag van de Verenigde Naties tegen foltering (10 december 1975)

Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (4 januari 1969)

Verdrag van de Verenigde Naties inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen (18 december 1979)

Verdrag van de Verenigde Naties inzake de rechten van personen met een handicap (13 december 2006)

Verdrag van de Verenigde Naties inzake de rechten van het kind (20 November 1989)

Universele verklaring van de Rechten van de Mens (10 december 1948)

EU-instrumenten

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (7 december 2000)

Aanbeveling 92/131/EEG van de Commissie betreffende de bescherming van de waardigheid van vrouwen en mannen op het werk (27 november 1991)

Verklaring van de Raad inzake de tenuitvoerlegging van de aanbeveling van de Commissie betreffende de bescherming van de waardigheid van vrouwen en mannen op het werk (19 december 1991)

Richtlijn 79/7/EEG van de Raad betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid (19 december 1978)

Richtlijn 2000/78/EG van de Raad tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (27 november 2000)

Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking) (5 juli 2006)

Richtlijn 76/207/EEG betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (9 februari 1976)

Richtlijn 2004/113/EG houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten (13 december 2004)

Richtlijn 2000/43/EG houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (29 juni 2000)

Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (13 december 2007)

Extra materiaal beschikbaar op cd-rom

i. Richtlijn 79/7/EEG van de Raad betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid (19 december 1978) [DE – EN – FR]

ii. Edel, *The prohibition of discrimination under the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files, nr. 22, 2010 [EN – FR]

iii. Europese Commissie, *Combating Discrimination: A Training Manual*, 2006 [DE – EN – FR]

iv. Europees netwerk van organen voor de bevordering van gelijke behandeling (Equinet), *Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice*, Volume I [EN – FR], Volume II [EN – FR], Volume III [EN – FR], Volume IV [EN]

v. Europees netwerk van organen voor de bevordering van gelijke behandeling (Equinet), *Combating Discrimination in Goods and Services* [EN – FR]

vi. Bureau van de Europese Unie voor de Grondrechten (FRA), *The impact of the Racial Equality Directive. Views of trade unions and employers in the European Union*, 2010 [EN]

vii. Casestudies over artikelen 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13 en 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, en over artikel 1 van protocol 1 van het EVRM [DE – EN – FR]

viii. Samenvattingen van geselecteerde zaken voor het Europees Hof voor de rechten van de mens in het Hongaars [HU]

Online-informatiebronnen

Bronnen	Internetadres[272]
RvE-website van de leeromgeving inzake mensenrechten voor juristen	www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1
Equinet, *Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice*, Volumes I-IV	www.equineteurope.org/equinetpublications.html
Europees Netwerk van juridische deskundigen inzake antidiscriminatie, 'News Report'	www.non-discrimination.net/content/media/HU-14-HU_harassment_of_Roma_pupils_by_teachers.pdf
Grgić, Mataga, Longar en Vilfan, *The Right to Property under the ECHR*, Human Rights Handbooks, nr. 10, 2007	www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2123
Protocol nr. 12 bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (ETS nr. 177), toelichting, punt 22	http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm
Kilkelly, *The Right to Respect for Private and Family Life*, Human Rights Handbooks, nr. 1, 2001	www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=1636
Equinet, Combating Discrimination in Goods and Services, 2004	www.equineteurope.org/68.html

272 All hyperlinks werden geraadpleegd op 10 maart 2011.

Bronnen	Internetadres
Yogyakarta-beginselen voor de toepassing van mensenrechten met betrekking tot seksuele geaardheid en geslachtidentiteit	www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm
FRA InfoPortal	http://infoportal.fra.europa.eu
FRA, *The impact of the Racial Equality Directive. Views of trade unions and employers in the European Union*, 2010	http://fra.europa.eu/fraWebsite/research/publications/publications_per_year/pub_racial_equal_directive_en.htm
Case Study 15, Arrestatie, voorarrest, slechte behandeling van Roma-man	www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1
Murdoch, *Freedom of Thought, Conscience and Religion*, Human Rights Handbooks, nr. 2, 2007	www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2122
RvE: Human Rights Handbooks	www.coehelp.org/course/view.php?id=54
Combating Discrimination: A Training Manual	http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=427&langId=en&moreDocuments=yes

Opmerking over citaten

De hiervoor vermelde rechtspraak voorziet de lezer van uitgebreide informatie om het volledige oordeel van de zaak in kwestie te vinden. Dit kan handig zijn als de lezer meer wil weten over de redenering en analyse die op de rechterlijke instantie in kwestie werd toegepast alvorens tot het bewuste oordeel te komen.

Veel van de zaken waarnaar wordt verwezen in deze publicatie vonden plaats voor het EHvJ of het EHRM; ze vormen dan ook de kern van de rest van de analyse. Soortgelijke technieken kunnen ook worden aangewend wanneer gebruik wordt gemaakt van nationale databanken met rechtspraak.

De rechtspraak van het EHRM kan worden geraadpleegd via het EHRM HUDOC-portaal dat gratis toegang verschaft tot de jurisprudentie van het EHRM: www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Hudoc/Hudoc+database/. Het HUDOC-portaal heeft een gebruiksvriendelijke zoekfunctie die het erg eenvoudig maakt om de gewenste uitspraak te vinden. De eenvoudigste manier om een zaak op te zoeken is door het nummer in te voeren in het zoekvak ‘Application Number’.

De rechtspraak van het EHvJ kan worden geraadpleegd via de CURIA-zoekfunctie die gratis toegang verschaft tot de jurisprudentie van het EHvJ: http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en. De CURIA-zoekfunctie is gebruiksvriendelijk en maakt het erg eenvoudig om de gewenste uitspraak te vinden. De eenvoudigste manier om een zaak op te zoeken is door het zaaknummer in te voeren in het zoek-vak ‘Zaaknummer’.

In de twee aanbevolen zoekfuncties (of met elke andere gebruikte zoekfunctie) kan de gebruiker de zaken ook op datum opzoeken. Het vinden van de juiste rechtspraak door op de datum van het arrest te zoeken werd eenvoudiger gemaakt door bij alle zaken die in dit handboek zijn opgenomen ook de datum te vermelden.

Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten
Europese Hof voor de Rechten van de Mens – Raad van Europa

Handboek over het Europese non-discriminatierecht

2011 — 160 blz — 14,8 x 21 cm

ISBN 978-92-871-9979-9 (Raad van Europa)
ISBN 978-92-9192-867-5 (FRA)
doi: 10.2811/99364

Op het internet is veel informatie over het Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten beschikbaar. Deze informatie kan worden geraadpleegd op het FRA's website via (http://fra.europa.eu).

Meer informatie over de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens is te vinden op de website van het Hof: www.echr.coe.int. Het via internet toegankelijke gegevensbestand HUDOC biedt toegang tot arresten en beslissingen in het Engels en/of Frans, vertalingen in andere talen, maandelijkse informatieve nota's over de rechtspraak, persberichten en andere informatie over de werkzaamheden van het Hof.

Hoe kom ik aan eu-publicaties?

Gratis publicaties:

- bij EU Bookshop (http://bookshop.europa.eu);
- bij de vertegenwoordigingen en delegaties van de Europese Unie. Ga voor de contactgegevens naar http://ec.europa.eu of stuur een fax naar +352 2929-42758.

Betaalde publicaties:

- bij EU Bookshop (http://bookshop.europa.eu).

Betaalde abonnementen (bv. jaarreeksen van het *Publicatieblad van de Europese Unie* en de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie):

- via een van de verkoopkantoren van het Bureau voor publicaties van de Europese Unie (http://publications.europa.eu/others/agents/index_nl.htm).

Hoe kunt u Raad van Europa publicaties verkrijgen?

Council of Europe Publishing levert werk op alle referentiegebieden van de Organisatie, waaronder mensenrechten, juridische wetenschap, gezondheid, ethiek, sociale zaken, milieu, onderwijs, cultuur, sport, jeugd en architectonisch erfgoed. Boeken en elektronische publicaties uit de uitgebreide catalogus kunnen online worden besteld (http://book.coe.int/).

Een virtuele leeszaal stelt gebruikers in staat om fragmenten uit de belangrijkste recentelijk gepubliceerde werken, alsook de volledige teksten van een aantal officiële documenten, zonder kosten te raadplegen.

Informatie over de verdragen van de Raad van Europa, evenals de volledige tekst ervan, is verkrijgbaar bij het *Treaty Office website*: http://conventions.coe.int/.

FRA
EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

COUNCIL OF EUROPE
CONSEIL DE L'EUROPE

10.2811/99364
TK-30-11-003-NL-C

Het Europesenon-discriminatierecht, bestaande uit de Europese richtlijnen inzake antidiscriminatie en artikel 14 en protocol 12 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, verbiedt discriminatie in verschillende contexten en op verschillende gronden. Dit Handboek onderzoekt het op deze twee bronnen gebaseerde Europese non-discriminatierecht als complementaire systemen. Daarbij wordt uit beide bronnen gezamenlijk geput voor zover ze overlappen en worden bestaande verschillen belicht. Gezien de indrukwekkende hoeveelheid jurisprudentie van het Europees Hof voor de rechten van de mens en van het Hof van Justitie van de Europese Unie op het gebied van non-discriminatie, leek het nuttig een gebruiksvriendelijk handboek met cd-rom aan te reiken, bedoeld voor rechtsbeoefenaars binnen en buiten de lidstaten van de EU en de Raad van Europa, zoals rechters, officieren van justitie en procureurs, advocaten en wetshandhavers.

BUREAU VAN DE EUROPESE UNIE VOOR DE GRONDRECHTEN
Schwarzenbergplatz 11 – 1040 Wenen – Oostenrijk
Tel +43 (1) 580 30-60 – Fax +43 (1) 580 30-693
fra.europa.eu – info@fra.europa.eu

EUROPESE HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS
RAAD VAN EUROPA
67075 Straatsburg Cedex – Frankrijk
Tel +33 (0) 3 88 41 20 18 – Fax +33 (0) 3 88 41 27 30
echr.coe.int – publishing@echr.coe.int



ISBN 978-92-871-9979-9

